Die Leihe des Bürgerlichen Gesetzbuches und ihre Abgrenzung von der Schenkung

(Ein Beitrag zur Lehre von der Leihe).

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Franz Josef Heimann
aus Breslau
Gerichtsreferendar in Münster i. W.

Approbiert am 22. Oktober 1930

Gedruckt
im Tageblatt-Haus, Coburg
1931

31:147

Referent: Geh. Justizrat Univ.-Prof. Dr. Kübler

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalts-Verzeichnis.

Seite:

Einleitung 2

Erſter Teil:

Die Leihe des Bürgerlichen Geſetzbuches.

I. Der Begriff der Leihe.

§ 1. A. Definition der Leihe 3

B. Die Begriffsmerkmale der Leihe im einzelnen 3

§ 2. Die Leihe als Vertrag 3

§ 3. Der Gegenſtand des Leihvertrages 4

§ 4. Der Gebrauch beim Leihvertrage 9

§ 5. Die Unentgeltlichkeit beim Leihvertrage 10

II. Die rechtliche Natur der Leihe.

§ 6. Die geſchichtliche Entwicklung der Leihe 12

§ 7. Die Rechtsnatur des Leihvertrages im BGB. 14

§ 8. III. Der Abſchluß des Leihvertrages 17

§ 9. IV. Der Leihevorvertrag 18

V. Die Pflichten des Entleihers und ſeine Haftung.

§ 10. Die Pflicht zum vertragsmäßigen Gebrauche der Leihſache 20

§ 11. Die Pflicht zur Erhaltung der Leihſache 25

§ 12. Die Pflicht zur Rückgabe der Leihſache 27

§ 13. VI. Die Pflichten des Verleihers und ſeine Haftung 35

Zweiter Teil:

§ 14. Die Abgrenzung der Leihe von der Schenkung 40

Einleitung.

Der Leihvertrag iſt ein Freundesgeſchäft, dem in nur ſeltenen Fällen größere wirtſchaftliche Bedeutung zukommt. Wohl aus dieſem Grunde hat er in der Literatur verhältnismäßig ſelten eine eingehende Behandlung gefunden und auch der Rechtſprechung nur wenig Gelegenheit geboten, ſich mit ihm zu befaſſen. Aber ſchon aus den wenigen Beiſpielen und Entſcheidungen, die in Literatur und Judikatur zu finden ſind, iſt erſichtlich, wie weit häufig die knappen Geſetzesbeſtimmungen des Bürgerlichen Geſetzbuches über die Leihe auszulegen, wie oft Analogien und die Geſichtspunkte von Treu und Glauben anzuwenden ſind, um dem liberalen Charakter des Inſtituts der Leihe gerecht zu werden. Weiterhin aber zeigen uns dieſe Beiſpiele und Entſcheidungen, in welch mannigfachen Formen der Leihvertrag auftreten kann, und wie er gerade in den Fällen, wo ihm wirtſchaftliche Bedeutung beizumeſſen iſt, ſehr ſorgfältig von anderen Vertragstypen zu unterſcheiden iſt.

Eine eingehende Behandlung des Leihvertrages unter weitgehender Berückſichtigung dieſer Geſichtspunkte iſt daher durchaus gerechtfertigt und ſoll im folgenden als Beitrag zur Lehre von der Leihe vorgenommen werden.

Erſter Teil.

Die Leihe des Bürgerlichen Geſetzbuches.

I. Der Begriff der Leihe.

§ 1.

A. Definition der Leihe.

Das Bürgerliche Geſetzbuch ſtellt im § 598 BGB. keine Definition der Leihe an die Spitze der Beſtimmungen über die Leihe, wie es das bei der Schenkung im § 516 Abſ. I getan hat. Es begnügt ſich vielmehr damit, in den §§ 598 ff. die Pflichten und Rechte der Beteiligten feſtzulegen. Jedoch läßt ſich aus der Faſſung des § 598 unſchwer folgende Definition der Leihe geben: Die Leihe iſt die vertragsmäßige, unentgeltliche Geſtattung des Gebrauches einer individuell beſtimmten Sache.

Die vier weſentlichen Begriffsmerkmale der Leihe ſind demnach:

1. ihr Vertragscharakter,
2. eine Sache als Gegenſtand des Vertrages,
3. die Geſtattung des Gebrauches,
4. die Unentgeltlichkeit der Gebrauchsgeſtattung.

Derjenige, der den Gebrauch geſtattet, heißt nach der Terminologie des Geſetzes „Verleiher", der, dem der Gebrauch geſtattet wird, „Entleiher".

B. Die Begriffsmerkmale der Leihe im einzelnen.

§ 2. Die Leihe als Vertrag.

Aus § 598 geht zunächſt hervor, daß die Leihe ein Vertrag iſt, alſo die übereinſtimmende, auf Veränderung von Rechtsverhältniſſen gerichtete Willenserklärung zweier Parteien.[1]) Dieſer Vertrag iſt, wie weiterhin aus § 598 hervorgeht und aus der Stellung der Leihe im Syſtem des bürgerlichen Rechtes erhellt, ein obligatoriſcher Vertrag; denn er ſchafft relative Rechte zwiſchen zwei

[1]) Vergl. Degenkolb, Arch. ziv. Pr. Bd. 71 S. 7.

Perſonen, auf Grund derer die eine, der Gläubiger, befugt iſt, von der anderen, dem Schuldner, eine Leiſtung zu verlangen. Fehlt ein derartiges vom Gläubiger zum Schuldner gehendes Vertragsverhältnis, ſo liegt keine Leihe vor, ſo z. B. wenn die Verpflichtung zur Gebrauchsgeſtattung durch Geſetz auferlegt iſt, wie etwa im Rahmen der geſetzlichen Unterhaltspflicht des Vaters gegenüber dem Kinde.

Die allein im § 598 gebrauchte Bezeichnung „Leihvertrag" zeigt uns weiterhin, daß wir es mit einem benannten Vertrage zu tun haben. Auch der Zweck, der dieſem Vertrag zugrunde liegt, wird im erſten Teile des Wortes Leihvertrag bezeichnet; es iſt dies die causa commodandi. Die Leihe iſt demnach, wie faſt alle obligatoriſchen Verträge des Bürgerlichen Geſetzbuches, ein kauſales Geſchäft, d. h. ſie enthält im Gegenſatz zu den abſtrakten Rechtsgeſchäften nicht das bloße Verſprechen einer Leiſtung ohne Angabe der rechtlichen Abſicht, ſondern auch die rechtliche Abſicht, in der etwas verſprochen wird, iſt in den Vertrag aufgenommen.

Der Leihvertrag iſt weiterhin ein unvollkommen zweiſeitiger Vertrag, alſo kein gegenſeitiger Vertrag. Beim gegenſeitigen Vertrage ſtehen ſich die Verpflichtungen der Parteien in der Weiſe gegenüber, daß die eine das Aequivalent der anderen bildet und Verſprechen und Gegenverſprechen ſich gegenſeitig hervorrufen und bedingen. Das iſt beim Leihvertrage keineswegs der Fall. Der Hauptpflicht des Verleihers, der unentgeltlichen Gebrauchsgeſtattung, ſtehen zwar die in den §§ 603, 604 BGB. feſtgeſetzten Pflichten des Entleihers auf vertragsmäßigen Gebrauch und Rückgabe zur vertragsmäßigen Zeit gegenüber, aber dieſe Pflichten bilden zweifellos keine Gegenleiſtung und kein Aequivalent, ſie ſind auch nicht Zweck des Leihvertrages, ſondern begriffsnotwendiges Subſtrat desſelben.[1])

§ 3. Der Gegenſtand des Leihvertrages.

Gegenſtand des Leihvertrages ſind Sachen, d. h. nach § 90 des Bürgerlichen Geſetzbuches körperliche Gegenſtände. Deshalb können auch, obwohl das im täglichen Leben weit ſeltener vorkommen dürfte, unbewegliche Sachen verliehen werden.[2]) Auch die Leihe von Grundſtücken iſt ſomit möglich, denn unter Grundſtück iſt der Grund und Boden eines feſtumgrenzten Teiles der Erdoberfläche zu verſtehen. Hierbei kann die Bodenfläche in Betracht kommen, z. B. zum Niederlegen von Baumaterial und zur Aufſtellung von Geräten, als auch die Bodenmaſſe, z. B. zum

[1]) Zabel S. 4.

[2]) So Planck Vorbem. II zu § 598; Enneccerus § 137 I; Oertmann Vorbem. 1 a zu § 598; Staudinger § 598, 2 a; Titze S. 104. RGR.-Komm. § 598, 1.

Einpflanzen von Pflanzen und Einſäung von Samen, oder etwa zum Einſetzen eines Telegraphenmaſtes.

Während die Eingliederung der Bodenmaſſe in den Begriff des körperlichen Gegenſtandes keinerlei Schwierigkeiten macht und von der Rechtſprechung auch anerkannt iſt,[1]) ſo könnte das bei der Bodenfläche zweifelhaft erſcheinen, denn die Bodenfläche iſt lediglich ein Begriff. Da aber der Begriff Bodenfläche nicht von der Bodenmaſſe zu trennen iſt, und Grund und Boden nur zuſammen das Grundſtück bilden, das vom Geſetz als körperliche Sache aufgefaßt wird, ſo wird auch die Bodenfläche unbedenklich als Sache anzuſprechen und ſomit Gegenſtand des Leihvertrages ſein können. Ebenſo wird die Frage, ob Raum als Sache und Gegenſtand des Leihvertrages angeſprochen werden kann, zu behandeln ſein. Wie die Fläche, ſo iſt auch der Raum ein Begriff. Der Raum wird durch körperliche Gegenſtände, etwa durch Wände, von der Umwelt abgeſchloſſen. Ebenſo iſt die Luft, die ihn erfüllt, eine Sache, weil ſie etwas Körperliches iſt. Der Raum ſelbſt aber beſteht nur in der Vorſtellung, iſt etwas Gedachtes, ſomit für ſich allein genommen kein körperlicher Gegenſtand. Jedoch iſt der Begriff Raum ebenſo unzertrennlich von den ihn von außen her abſchließenden Sachen und der ihn erfüllenden Luft, wie der Begriff Fläche von der Bodenmaſſe. Daher wird auch der Begriff Raum dem Sachbegriff des § 90 unterzuordnen ſein. Zudem iſt zu berückſichtigen, daß der Begriff Raum für ſich allein, alſo ohne die ihn umgebenden Grenzen und die ihn ausfüllende Luft, kaum jemals Gegenſtand des Leihvertrages ſein wird.

Ebenſo wie ein Grundſtück kann auch ein begrenzter Teil oder ein beſtimmter Ort eines Grundſtückes Gegenſtand des Leihvertrages ſein. Die Literatur ſtellt ſich zu der Frage, ſofern ſie überhaupt Erwähnung findet, durchweg bejahend.[2]) Als Beiſpiele werden von Enneccerus ausgeführt: Leihe eines Kellers, eines Platzes in der Wagenremiſe und eines Platzes zum Schuttabladen. Die Rechtſprechung bejaht ebenfalls dieſe Frage, indem ſie das Rechtsverhältnis zwiſchen dem Unternehmer einer elektriſchen Anlage und den Grundſtücksbeſitzern, welche die Anbringung der Leitung auf ihren Dächern geſtatten, als Leihe kennzeichnet.[3])

Selbſt weſentliche Beſtandteile einer Sache können Gegenſtand des Leihvertrages ſein; denn, wenn § 93 BGB. bei ihnen von beſonderen Rechten ſpricht, deren Gegenſtand ſie nicht ſein können, ſo ſind darunter nur dingliche Rechte zu verſtehen. Freilich iſt die Leihe eines weſentlichen Beſtandteils nur dann denkbar, wenn ein geſonderter Beſitz an ihm möglich iſt, wie das z. B. bei einem einzelnen Zimmer einer Wohnung der Fall iſt. Auch Zubehör-

[1]) OLG. Rſpr. 9, 304.
[2]) Enneccerus § 137 I; Oertmann Vorbem. 1 b zu § 598; Staudinger § 598, Anm. 2 Abſ. I.
[3]) OLG. Rſpr. 9, 304.

ſtücke einer Sache können Gegenſtand des Leihvertrages ſein, z. B. der Talon eines Inhaberpapieres. Iſt aber eine Sache ſamt Zubehör verliehen worden, wie z. B. ein Fahrrad mit Laterne und Satteltaſche, ſo kann nur von einem einzelnen Leihvertrag die Rede ſein; denn, abgeſehen davon, daß Zubehörſtücke als ſolche unſelbſtändig ſind, geht der Wille der Parteien in ſolchen Fällen doch regelmäßig dahin, einen und nicht drei Leihverträge abzuſchließen.[1])

Auch wenn eine Sachgeſamtheit, alſo eine Mehrheit von Sachen, deren jede zwar ſelbſtändig iſt, die aber doch nur in ihrer Geſamtheit dem ihnen zugedachten Zwecke dienſtbar gemacht werden können, verliehen wird, was z. B. bei einem Tafelſervice der Fall iſt, ſo liegt ein einziger Leihvertrag vor, der die ganze Sachgeſamtheit umfaßt, und nicht etwa eine der Stückzahl des Services entſprechende Anzahl von Leihverträgen. Dieſe Feſtſtellungen ſind inſofern von Wichtigkeit, als man durch ſie zu dem für die Praxis allein tragbaren Ergebniſſe kommt, daß bei vertragswidrigem Gebrauche nur eines Zubehörſtückes oder eines Stückes der Sachgeſamtheit, der Leihvertrag bezüglich der Sache ſamt Zubehör oder der ganzen Sachgeſamtheit nach § 605 Nr. 2 BGB. friſtlos gekündigt werden kann, während bei Annahme von mehreren Leihverträgen über jedes Zubehörſtück oder Stück der Sachgeſamtheit nur immer das einzelne Stück durch Kündigung herausverlangt werden könnte, mit dem der vertragswidrige Gebrauch begangen worden iſt.

Im allgemeinen ungeeignet, Gegenſtand der Leihe zu ſein, ſind verbrauchbare Sachen (§ 92 BGB.), weil an ihnen eine Ueberlaſſung zum normalen Gebrauche, der ja im Verbrauche beſteht, eine Rückgabe desſelben Stückes undenkbar iſt. Doch gilt dies nicht ausnahmslos. So iſt z. B. ein Leihvertrag über verbrauchbare Sachen möglich, wenn ſie zu einem anderen als dem normalen Gebrauchszweck überlaſſen werden.[2]) So können z. B. ein Korb ſeltener Früchte oder auch Eßwaren zu Ausſtellungszwecken für ein Schaufenſter verliehen werden.

Ferner können auch vertretbare Sachen, z. B. Inhaberpapiere oder Geldſorten, verliehen werden.[3]) Aber auch in dieſem Falle wird die Sache mit Rückſicht auf die Verpflichtung des § 604 Abſ. I mit Abſchluß des Leihvertrages individuell beſtimmt, d. h. ſie wird für die Dauer des Vertrages als Spezies behandelt. Während alſo der Darlehnsempfänger Sachen in gleicher Art und Güte zurückzugeben hat, muß der Entleiher einer vertretbaren Sache dieſe in spezie zurückgeben. Das iſt der große Unterſchied zwiſchen Leihe und Darlehen, obgleich das Darlehen logiſch bloß eine Unterart der Leihe iſt, mit der es den Zweck gemeinſam hat.

---

[1]) So auch Zabel S. 18.

[2]) Enneccerus § 137 I; Staudinger § 598, 2 b; Oertmann Vorbem. 1 b zu § 598; Schollmeyer S. 60.

[3]) Staudinger § 598, 2 c; Oertmann § 598, 3 c.

Wird dem Entleiher die Befugnis eingeräumt, die entliehene Sache nicht nur zu gebrauchen, sondern auch zu veräußern, so schließt letzteres die Annahme eines Leihvertrages nicht unbedingt aus; es kann vielmehr die Abrede über die spätere Veräußerung den Charakter eines Zusatzvertrages haben.[1])

Daß die Leihsache dem Verleiher gehöre, ist für die Gültigkeit des Leihvertrages nicht wesentlich. Man kann fremde Sachen rechtsgültig verleihen, nicht nur als Geschäftsführer ohne Auftrag oder als Entleiher mit oder ohne Genehmigung des ersten Verleihers, sondern auch sonst, etwa als vermeintlicher Eigentümer. Der Entleiher steht in all diesen Fällen seinem Verleiher mit denselben Pflichten und Rechten gegenüber, als wenn dieser Eigentümer der verliehenen Sache wäre.[2]) Umgekehrt können auch Sachen, die im Eigentum des Entleihers stehen, von diesem rechtsgültig entliehen werden. Dieser Satz gilt aber nur mit Einschränkungen. Jedenfalls wird ein rechtsgültiger Leihvertrag allgemein anerkannt, wenn zur Zeit des Vertragsabschlusses der verleihende Nichteigentümer dem entleihenden Eigentümer gegenüber ein dingliches oder obligatorisches Recht auf die Leihsache zustand, vermöge dessen er diesem den Gebrauch der Sache verwehren konnte,[3]) was z. B. der Fall ist, wenn der Verleiher Mieter oder Nießbraucher, der dem Entleiher gehörenden Sache ist. Hier kann der Entleiher, solange der Mietvertrag oder der Nießbrauch besteht, dem Verleiher gegenüber im Falle der Rückforderung nicht sein Eigentum entgegenhalten.

Die Sachlage ändert sich jedoch wesentlich, wenn der Eigentümer die Leihsache in Unkenntnis seines Eigentumsrechtes entliehen hat. Auch hier ist der Leihvertrag rechtsgültig abgeschlossen und nicht etwa nach § 306 BGB. nichtig. Der Verleiher hat in solchem Falle keineswegs die Verpflichtung zu einer objektiv unmöglichen Leistung übernommen, denn der Gegenstand der Leistung, die Gebrauchsgestattung, kann, wie die Motive zutreffend bemerken,[4]) wegen ihrer rein tatsächlichen Natur auch dem Eigentümer an der eigenen Sache verschafft werden. Ebensowenig wie ursprüngliche, objektive Unmöglichkeit liegt aber ursprüngliches Unvermögen vor, das übrigens für die Nichtigkeit des Leihvertrages gar nicht in Frage kommt, da es die Gültigkeit eines Vertrages niemals berühren kann.[5]) Wohl steht aber dem Eigentümer-Entleiher, wenn der Verleiher die Rückgabe der Leihsache verlangt, die Möglichkeit zu Gebote, den Leihvertrag wegen Irrtums anzufechten und dadurch seine Nichtigkeit herbeizuführen. Daneben kann er auf Grund seines Eigentums die

[1]) So Planck § 598, Anm. 4; ähnl. Staudinger § 598, 3 c.
[2]) Oertmann, Vorbem. 1 b § 598; Planck Vorbem. II zum 4. Tit. Ennecc. § 137, 1; Zabel S. 24.
[3]) Oertmann Vorbem. 1 b zu § 598; Planck Vorbem. II. zum 4. Titel. Staudinger § 598, 9; Schollmeyer a. a. O. S. 83; Zabel a. a. O. S. 24.
[4]) Motive II S. 371; vgl. auch JW. 1906 S. 437.
[5]) Zabel S. 25.

Rückgabe jederzeit weigern, denn dem Rückgabeanſpruch des Verleihers würde in ſolchen Fällen der Satz entgegenſtehen: „dolo facit, qui petit quod statim redditurus sit“.[1])

In dieſem Zuſammenhange iſt weiter auf die Frage einzugehen, ob auch Forderungen, oder ſonſtige Rechte Gegenſtand des Leihvertages ſein können. Das Geſetz beſchränkt die Leihe ausdrücklich auf Sachen und ſchweigt gänzlich über Verleihung von Forderungen und Rechten. Selbſtverſtändlich, das mag vorausſchickend bemerkt ſein, kann da, wo das BGB. ein Recht als Sache behandelt, dieſes Recht auch Gegenſtand des Leihvertrages ſein. Das gilt für § 1017[2]) BGB. beim Erbbaurecht, aber auch nach dem Einführungsgeſetz zum BGB., bezw. dort vorbehaltener landesgeſetzlicher Regelung, für eine Anzahl weiterer, in den Art. 62, 66 II aufgezählter Rechte.

Im übrigen findet ſich in den Motiven[3]) zu der Frage, ob Verleihung von Rechten möglich iſt, folgende Bemerkung: „Die Frage, welche Grundſätze anzuwenden ſind, wenn ein Recht Gegenſtand des Leihvertrages iſt, eignet ſich nicht zu einer allgemeinen Entſcheidung durch das Geſetz, ſondern die Verträge, welche hier in Frage kommen, müſſen konkret geprüft werden. In vielen Fällen wird ſich dabei die Verleihung einer Sache herausſtellen, in anderen eine Veräußerung oder eine Schenkung anzunehmen ſein, wieder in anderen ein Vertrag ſich ergeben, der an Hand des § 359 (jetzt §§ 157 und 242 BGB.) eine Auslegung geſtattet, welche zu einer analogen Anwendung der für Gebrauchsleihe geltenden Rechtsnormen führt“. In dieſer Bemerkung iſt der Schlüſſel zur Löſung der Frage enthalten. In den ſelten vorkommenden Fällen, wo tatſächlich ein Recht einem anderen unentgeltlich zum Gebrauch überlaſſen wird, wo mit anderen Worten der „Entleiher“ des Rechtes ohne gänzliche oder teilweiſe Uebertragung desſelben auf einen anderen, d. h. ohne Veränderung in der Perſon des Inhabers des Rechtes, in die Lage verſetzt wird, das Recht auszuüben, finden demnach die Beſtimmungen der §§ 598 ff., insbeſondere der § 599 analoge Anwendung.[4]) Im übrigen muß jeweils geprüft werden, ob die ſogenannte Rechtsleihe ſich nicht als Sachleihe herausſtellt, was bei den oben angeführten, vom Geſetz als Sachen behandelten Rechten der Fall ſein wird und weiterhin dann zutrifft, wenn die Ausübung des Rechtes im Gebrauche einer dem Recht dinglich unterliegenden Sache, oder im Gebrauche einer den Gegenſtand des Rechtes bildenden Sachleiſtung gefunden wird.

---

[1]) So Oertmann Vorbem. 1 b zu § 598.
[2]) Aufgehoben durch VO. vom 15. I. 1919.
[3]) Motive II S. 443 ff.
[4]) Planck Vorbem. II zum 4. Titel; Oertmann Vorbem. 1 b zu § 598; Staudigner § 598 b; Achilles § 598; Enneccerus § 137, 1 Anm. 2; Dernburg § 230, 3; Schollmeyer S. 83. JW. 04 S. 228.

§ 4. Der Gebrauch beim Leihvertrage.

Nach der oben im § 1 gegebenen Definition hat der Verleiher dem Entleiher den Gebrauch der Sache zu geſtatten. Eine Sache gebrauchen, heißt, die Dienſte einer Sache dadurch für ſich verwenden, daß man dieſe konſumiert, ohne durch ſie neue dauernde Werte zu ſchaffen.[1]) Der Ausdruck „Gebrauch" bedeutet im Gegenſatz zu „Verbrauch" eine Benutzung der Sache unter Erhaltung ihrer Subſtanz. Allerdings laſſen ſich nur wenige Fälle finden, wo die verliehene Sache durch den Gebrauch nicht irgendwie verändert oder verſchlechtert wird. Meiſtens wird die Sache abgenutzt und dadurch verſchlechtert, manchmal wird ſie ſogar durch den Gebrauch nach und nach nahezu verbraucht werden. Weil alſo in der Regel die Leihſache durch den Gebrauch abgenutzt wird, hat das Geſetz im § 602 beſtimmt, daß der Entleiher Veränderungen und Verſchlechterungen der Sache, ſoweit ſie durch vertragsmäßigen Gebrauch herbeigeführt werden, nicht zu vertreten hat; das trifft auch dann zu, wenn die Sache nahezu verbraucht wird, jedoch mit der Einſchränkung, daß keine Leihe anzunehmen iſt, wenn bei Abſchluß des Vertrages die Parteien ſich darüber im klaren waren, daß der vertragsmäßige Gebrauch der Sache in der feſtgeſetzten Leihzeit einen vollſtändigen oder faſt vollſtändigen Verbrauch zur Folge haben würde. Hier würde Schenkung oder Darlehen anzunehmen ſein.[2])

Regelmäßig umfaßt der Gebrauch nicht die Früchte der verliehenen Sache;[3]) dieſe gebühren dem Verleiher. Im allgemeinen wird, wenn dem Entleiher auch Fruchtentziehung eingeräumt wird, dieſer Umſtand durch eine Nebenabrede feſtgelegt ſein müſſen, die dann als Zuſatzvertrag zum eigentlichen Leihvertrag anzuſprechen iſt. Jedoch laſſen ſich Fälle denken, wo Fruchtentziehung auch ohne Nebenabrede möglich iſt. Das iſt z. B. dann der Fall, wenn ſich die Fruchtentziehung als Normalgebrauch der Leihſache darſtellt, wenn alſo die Leihſache ohne Fruchtentziehung für den Entleiher keine Möglichkeit des Gebrauches bietet. Aber auch hier iſt jeweils genau zu prüfen, ob nicht etwa Schenkung vorliegt.

Die Tatſache, daß eine Sache dem Entleiher mit der Ermächtigung zur Verpfändung geliehen wird, ſteht der Annahme des Leihvertrages nicht entgegen. Denn die Leihſache wird nicht von vornherein zum Verbrauche oder zur Veräußerung entliehen, ſondern der vertragsmäßige Gebrauch beſteht in der Hingabe der Sache als Pfand, alſo in erſter Linie als Sicherungsmittel für die Schulden des Entleihers, nicht aber zur Zahlung ſeiner Schulden. Eine Rückgabe in specie iſt alſo durchaus möglich und wird den

---

[1]) Dankwardt, Nationalökonomie und Jurisprudenz, 2. Heft S. 5 ff.

[2]) Uebereinſtimmend Steinſtraß S. 13; Oertmann Vorbem. 1 b zu § 598; Zabel S. 32.

[3]) Oertmann § 604, 3; Enneccerus § 137, 3; Staudinger § 604, I, 1 a; Planck § 604, 2.

Normalfall darſtellen. Die Sachlage ändert ſich jedoch, wenn der Entleiher ſeiner bei Abſchluß des Leihvertrages übernommenen Pflicht zur Einlöſung der verpfändeten Leihſache nicht nachgekommen iſt und der Pfandgläubiger das Pfand realiſiert hat. Für dieſen Fall geht nach Staudinger [1]) der Leihvertrag im Augenblick der Realiſierung des Pfandes in einen Darlehnsvertrag über, der auf Rückgabe der Geldſumme gerichtet iſt, die dem Werte der verliehenen Sache zur Zeit der Pfandrealiſierung entpricht. Zabel [2]) dagegen nimmt einen Fall der Unmöglichkeit der Leiſtung nach §§ 280 ff. an, vorausgeſetzt, daß der Entleiher, wozu er in erſter Linie verpflichtet iſt, ſich die Sache nicht vom Erſteher zurück verſchaffen kann. Jede dieſer Anſichten muß als unzutreffend bezeichnet werden, die Anſicht Staudingers, weil ihre Prämiſſe, daß der Verleiher einer Sache zur Verpfändung ſich bei der Hingabe der Sache ſtets zum mindeſten ſtillſchweigend mit der etwaigen Realiſierung einverſtanden erklärt, in dieſer Allgemeinheit nicht zutrifft; die Anſicht Zabels, weil ſie mit eben ſolcher Verallgemeinerung behauptet, daß der Verleiher bei Abſchluß des Leihvertrages regelmäßig mit der Einlöſung des Pfandes rechnen wird. M. E. kommt es ganz auf den einzelnen Fall an, ob die eine oder die andere Möglichkeit gegeben iſt, und es wird nach Lage des Falles ſtets für den Richter ein leichtes ſein, feſtzuſtellen, ob bei Abſchluß des Vertrages ſtillſchweigendes Einverſtändnis zur etwaigen Realiſierung vorlag oder nicht.

§ 5. *Die Unentgeltlichkeit beim Leihvertrage.*

Die Geſtattung des Gebrauches der Leihſache muß unentgeltlich geſchehen. Hierin beſteht der weſentliche Unterſchied der Leihe von der Miete. Denn, wenn ein Entgelt vereinbart iſt, ſo liegt rechtlich ſtets ein Mietvertrag oder ein anderes Vertragsverhältnis vor, wenn auch der Volksmund bis heute noch immer von Leihbibliotheken, oder Maskenleihinſtituten ſpricht. Leihe iſt eben ſtets ein Freundesgeſchäft. Die vom BGB. geforderte Unentgeltlichkeit geht aber nicht ſo weit, daß der Entleiher gar keine Koſten durch den Leihvertrag haben dürfte, das geht ſchon aus § 601 Abſ. I hervor. Die Unentgeltlichkeit iſt vielmehr nur ſo aufzufaſſen, daß ſich eventuell entſtehende Koſten und Aufwendungen des Entleihers nicht als Gegenleiſtung für die Gebrauchsgeſtattung darſtellen dürfen; denn die Leihe iſt kein gegenſeitiger Vertrag. Jedoch würde es abwegig ſein, in jeder Vereinbarung einer ſich nicht direkt durch das Geſetz ergebenden Pflicht für den Entleiher eine Gegenleiſtung zu erblicken.[3]) Eine Gegenleiſtung liegt vielmehr erſt dann vor, wenn die vom Entleiher

[1]) a. a. O. § 598, 3 c.
[2]) a. a. O. S. 34.
[3]) So auch Coſack I, § 141, I.

übernommenen Leiſtungen ſich als volles oder annähernd volles Aequivalent für die Gebrauchsgeſtattung darſtellen. Unter dieſem Geſichtspunkte iſt auch die häufig in der Literatur auftauchende Frage zu behandeln, ob noch ein reiner Leihvertrag anzunehmen iſt, wenn A dem B ein Pferd unentgeltlich zum Gebrauche überläßt mit der Maßgabe, daß B das Pferd täglich ausreiten muß. Nach der Anſicht Dernburgs[1]) liegt hier ein reiner Leihvertrag vor, falls die unentgeltliche Gebrauchsgeſtattung den Hauptzweck des Geſchäftes bildet. Planck[2]) bemerkt zu dieſem Falle: „Iſt eine Verpflichtung, die Sache in beſtimmter Weiſe zu gebrauchen, als Gegenleiſtung ausbedungen, ſo liegt kein reiner Leihvertrag mehr vor". Ihm ſchließen ſich Enneccerus u. a. an.[3]) Zwiſchen dieſen beiden Anſichten beſteht jedoch nur ein ſcheinbarer Widerſpruch. Denn, wenn die von Planck angeführte, in beſtimmter Weiſe vereinbarte Gebrauchspflicht als Gegenleiſtung aufzufaſſen iſt, dann wird auch regelmäßig die von Dernburg gemachte Einſchränkung zutreffen, nach der kein reiner Leihvertrag mehr vorliegt, wenn die unentgeltliche Gebrauchsgeſtattung nicht den Hauptzweck des Geſchäftes bildet. M. E. läßt ſich für den angeführten Fall überhaupt keine feſte Entſcheidung geben. Dieſe iſt vielmehr nach den Umſtänden des Einzelfalles zu treffen, und zwar unter dem Geſichtspunkt des überwiegenden Intereſſes.[4]) Iſt z. B. der Reitpferdbeſitzer A erkrankt und überläßt er das Reitpferd, das zur Erhaltung ſeines Wertes als Reitpferd täglich bewegt werden muß, unentgeltlich dem an ſich unintereſſierten B mit der Abrede, es täglich zu bewegen, ſo liegt kein Leihvertrag vor, ſondern ein anderer benannter oder unbenannter, gegenſeitiger Vertrag; denn hier ſtellt ſich die Gebrauchspflicht des B als Gegenleiſtung dar.[5]) Hat dagegen der unintereſſierte A dem B, der ein Freund des Reitſports iſt, auf ſeinen dringenden Wunſch das Pferd mit derſelben Abrede überlaſſen, ſo liegt ein reiner Leihvertrag vor. Denn hier bildet die unentgeltliche Gebrauchsgeſtattung den Hauptzweck des Vertrages, während das tägliche Bewegen des Pferdes unter die geſetzliche Pflicht des Entleihers, die Leihſache in gebrauchsfähigem Zuſtande zu erhalten, fällt. Würde dagegen im letzteren Falle ausbedungen ſein, daß das Pferd täglich etwa 5 Stunden bewegt werden muß, dann geht dieſe Abrede über die geſetzliche Pflicht zur Erhaltung der Leihſache im gebrauchsfähigen Zuſtande hinaus. Hier bildet alſo die unentgeltliche Gebrauchsgeſtattung nicht den Hauptzweck des Vertrages, dieſer wird vielmehr in dem täglichen fünfſtündigen Training des Pferdes liegen. In ſolchem Falle kann von einem reinen Leihvertrage nicht mehr geſprochen werden.

---

[1]) a. a. O. § 231, I, Anm. 5.
[2]) a. a. O. § 598, 8.
[3]) Enneccerus § 138, 2; Eck-Leonhard Vorträge I § I 82.
[4]) So auch Heck § 104, 1 b.
[5]) So im Ergebnis auch Schlie S. 21.

Die Unentgeltlichkeit der Gebrauchsüberlaſſung reiht den Leihvertrag in die Gruppe der Liberalitätsgeſchäfte ein, zu denen vornehmlich die Schenkung gehört. Ueber Abgrenzung der Leihe von der Schenkung wird noch im zweiten Teil zu handeln ſein.

II. Die rechtliche Natur der Leihe.

§ 6. Die geſchichtliche Entwicklung der Leihe.

Der Beantwortung der Frage, wie wird der Leihvertrag abgeſchloſſen, muß notwendig eine Unterſuchung über die rechtliche Natur der Leihe vorausgehen, die ſich darauf zu erſtrecken hat, ob der Leihvertrag Konſenſual- oder Realvertrag iſt. Wenn dieſe Frage auch ſchon eingehend in der Literatur behandelt worden und mit ganz überwiegender Mehrheit zugunſten des Realkontraktes [1]) entſchieden iſt, ſo muß ihr dennoch auch im Rahmen dieſer Arbeit ein Platz eingeräumt werden, weil ſich auch heute noch der RGR-Kommentar [2]) mit ſeiner für die Praxis ſo maßgebenden Autorität zu den wenigen Gegnern [3]) der herrſchenden Meinung zählt, die dem Leihvertrag konſenſualen Charakter beilegen. Zur beſſeren Erkenntnis der rechtlichen Natur des Leihvertrages wird es von Vorteil ſein, zunächſt einen kurzen Ueberblick über die geſchichtliche Entwicklung des Leihvertrages zu tun.

Im römiſchen Recht finden wir das Kommodat in der Reihe der Realkontrakte;[4]) es forderte alſo außer dem Konſens der Parteien den realen Akt der Hingabe der Sache. Eine klagbare Verbindlichkeit wurde erſt durch Hingabe und Annahme der Sache erzeugt. Bekanntlich wurden von den römiſchen Juriſten die Verträge in Verbal-, Literal-, Real- und Konſenſualverträge eingeteilt. Jeder dieſer Gruppen gehörte eine beſtimmte Anzahl von Rechtsgeſchäften an, und alle Kontrakte, die nicht zu dieſen Rechtsgeſchäften gehörten, die ſogenannten pacta, waren in der Regel klaglos.[5]) Klaglos war demnach auch der bloße Vorvertrag über Hingabe einer Sache zu Leihzwecken, das pactum de commodandi.

Im gemeinen Recht wurde jedoch das Prinzip der Konſenſualverträge verallgemeinert und durch unbeſtrittenes deutſches Ge-

---

[1]) Staudinger Vorbem. 2 a zu § 598; Planck I zum 4. Titel; Oertmann Vorbem. 2 zu § 598; Dernburg § 230 II; Crome II § 246, 1 b; Fiſcher-Henle zu § 598; Warneyer § 598, I; Achilles Vorbem. I zu § 598; Schollmeyer S. 83; Steinſtraß S. 52; Enneccerus I, 137, 2; Schlie S. 11; Kuhlenbeck JW. 04 S. 226; Schloßmann, Jher. Jahrb. 45 S. 75; Förtſch a. a. O. S. 283.

[2]) a. a. O. Vorbem. 2 zu § 598.

[3]) Coſack § 141, III; Hellmann, Arch. ziv. Pr. 90, S. 434; Windſcheid II § 347; Zabel S. 5.

[4]) Sohm § 79 b; Oertmann Vorbem. 2 zu § 598; Planck I zum 4. Titel.

[5]) Ex nudo pacto inter cives romanos actio non nascitur. (Pauli Sent. II, 14, § 1).

wohnheitsrecht wurde die Gültigkeit formloſer Verträge anerkannt. Infolge der allgemeinen Formfreiheit der Verträge wurde in dieſer Epoche auch ſchon das pactum de commodando als rechtsverbindlich anerkannt.[1]) Streitig blieb aber gemeinrechtlich wie partikularrechtlich, ob auch das Kommodat ſelbſt nunmehr durch bloßen Konſens der Parteien zuſtande kommen könnte, oder ob es weiterhin Realkontrakt geblieben ſei. Die herrſchende Meinung ſprach ſich auch hier für die Realkontraktsnatur der Leihe aus.[2])

Das Allgemeine Landrecht für die preußiſchen Staaten faßt die Leihe als Realvertrag auf. § 229, I, 21 ALR. definiert die Leihe folgendermaßen: „Wird eine Sache jemandem bloß zum Gebrauche unter der Bedingung, daß eben dieſelbe Sache zurückgegeben wird, unentgeltlich eingeräumt, ſo iſt ein Leihvertrag vorhanden." Aus dem Worte des Geſetzes „wird eingeräumt" geht m. E. deutlich die Realkontraksnatur der Leihe hervor. Denn dieſe Worte können nur ſo verſtanden werden, daß die Leihſache erſt in die Gewalt des Entleihers gelangt ſein muß, damit er ſie gebrauchen kann.[3])

Auch in anderen Partikulargeſetzen finden wir die Leihe als Realkontrakt behandelt. So ſagt z. B. § 1173 des ſächſ. Bürgerlichen Geſetzbuches: „Die Gebrauchsleihe, commodatum, beſteht in der unentgeltlichen Ueberlaſſung einer beweglichen oder unbeweglichen Sache zum Gebrauche unter der Verpflichtung des Entleihers, dieſelbe künftig zurückzugeben." Ergibt ſich hier ſchon aus dem Worte „Ueberlaſſung" die Entſcheidung zugunſten des Realkontraktes, ſo wird dieſe durch § 1174 beſtätigt, in dem desjenigen, der die Verleihung einer Sache verſpricht, beſondere Erwähnung getan wird, was überflüſſig wäre, wenn die Leihe konſenſualen Charakter haben ſollte.

Auch der heſſiſche und bayriſche Entwurf ſtehen auf dem Standpunkte der Realkontraktsnatur der Leihe.[4])

In aller Deutlichkeit entſcheidet ſich das öſterreichiſche BGB. für die Realkontraktsnatur der Leihe. § 971 lautet: „Wenn jemandem eine unverbrauchbare Sache bloß zum unentgeltlichen Gebrauche auf eine beſtimmte Zeit übergeben wird, ſo entſteht ein Leihvertrag. Der Vertrag, wodurch man jemandem eine Sache zu leihen verſpricht, iſt zwar verbindlich, aber noch kein Leihvertrag." [5])

Auch im franzöſiſchen Recht ergibt ſich die Natur des Leihvertrags als Realkontrakt aus dem Wortlaut des Geſetzes,[6]) und

---

[1]) Oertmann Vorbem. 2 zu § 598.
[2]) Windſcheid II § 374 Anm. 2; Dernburg Pand. II § 90 Anm. 2; Demelius in Jher. Jahrb. 3 S. 409 ff.
[3]) Ebenſo Förſter-Eccius, Preußiſches Privatrecht II. Bd. § 135 S. 164.
[4]) Vergl. Steinſtraß S. 45.
[5]) Schey, Das Oblig. Recht des öſterr. allg. Privatrechts I. Bd. Heft 2 S. 189.
[6]) Ebenſo Roßbach a. a. O. S. 12 ff.; Förtſch a. a. O. S. 283.

zwar aus der in Art. 1875 des Code civil enthaltenen Definition: „Le prêt à usage ou commodat est un contrat, par lequel l'une des parties l i v r e une chose à l'autre pour s'en servir à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi."

Dieſer geſchichtliche Ueberblick, der gezeigt hat, daß der Leihvertrag von einer erheblichen Anzahl von Geſetzbüchern als Realkontrakt aufgefaßt wird,[1]) iſt für die Frage der Rechtsnatur der Leihe des BGB. natürlich nur inſofern von Bedeutung, als er zum Beweiſe der Realkontraktsnatur der Leihe mit herangezogen werden kann, wenn und ſoweit ſich aus dem Geſetze ſelbſt oder aus der Geſetzesgeſchichte kein klarer Beweis für ihren realen oder konſenſualen Charakter ergibt. In dieſem Sinne iſt auch von Dernburg und Crome[2]) auf die geſchichtliche Entwicklung verwieſen, während die Anhänger der Konſenſualleihe die Geſchichte des Inſtituts der Leihe bei der Begründung ihrer Anſicht nicht berückſichtigt haben.

§ 7. *Die Rechtsnatur der Leihe im BGB.*

Es wird jetzt zu unterſuchen ſein, ob ſich aus dem Geſetz ſelbſt die Realkontraktsnatur der Leihe folgern läßt.

Das Geſetz ſpricht über die Vertragsnatur der Leihe weder ausdrücklich, noch läßt es durch eine deutliche Faſſung einen direkten Schluß auf die Vertragsnatur der Leihe zu, wie etwa bei § 607 für das Darlehen und bei § 688 für die Verwahrung.[3])

Trotzdem läßt ſich die Realkontraktsnatur aus § 598 folgern, und zwar aus dem dort gebrauchten Worte „geſtatten". Die Gebrauchsgeſtattung des § 598 hat ihr Gegenſtück bei der Miete, wo im § 535 von Gebrauchsgewährung geſprochen wird. Gerade aus dieſem Gegenſatz der Ausdrücke, der vom Geſetzgeber abſichtlich eingefügt ſein dürfte, erhellt die rechtliche Natur beider Verträge am deutlichſten. Den Gebrauch „geſtatten" bedeutet, dem Entleiher den vertragsmäßigen Gebrauch zu belaſſen, ihn an dieſem Gebrauche nicht zu hindern, weder tatſächlich noch durch rechtliche Verfügung zugunſten Dritter. Die Gebrauchsgeſtattung iſt alſo eine Verpflichtung rein negativer Art. Sie hat ein poſitives Tun, nämlich die Uebergabe der Sache zur Voraus-

[1]) Konſenſual wird die Leihe nur im ſchweizeriſchen Geſetz über das Obligationenrecht konſtruiert, wo es in Art. 305 heißt: „Durch den Gebrauchsleihvertrag verpflichtet ſich der Verleiher, eine Sache a n den Entleiher ... zu ü b e r l a ſ ſ e n.

[2]) Dernburg II, 2 § 230, 2; Crome Bd. II, § 246, 1 b Anm. 6.

[3]) Wenn es im § 607 BGB. heißt: „Wer Geld ... als Darlehen empfangen hat, iſt verpflichtet ..."; ſo kann durch das Perfektum „hat" die Realvertragsnatur des Darlehns als bewieſen angeſehen werden. Die gleiche Folgerung ergibt das Perfektum „übergebene Sache" für §§ 688 ff. Wohl aus dieſem Grunde erkennt auch hier der Reichsgerichtsrätekommentar (12. Titel I) die Verwahrung als Realkontrakt an.

ſetzung. Denn die Verpflichtung, den Gebrauch zu belaſſen und nicht zu ſtören, iſt vernünftigerweiſe vor Uebergabe der Sache an den Entleiher nicht denkbar.

Die Verpflichtung, den Gebrauch zu gewähren, dagegen enthält zunächſt Verpflichtungen zu poſitivem Tun, zur Uebergabe und zur eventuellen Inſtandhaltung und Reparatur der Sache während der Vertragsdauer, nebenbei allerdings auch noch die Pflicht, den Gebrauch nicht zu ſtören.

Wenn das BGB. nach dieſer Definition von „geſtatten" und „gewähren" bei der Leihe von einem Geſtatten des Gebrauches ſpricht, ſo ſetzt es damit voraus, daß der Entleiher bereits bei Beginn der Hauptverpflichtung des Verleihers in die Möglichkeit verſetzt ſei, die Sache zu gebrauchen, mit anderen Worten, daß ihm die Sache bereits übergeben ſei.

Das Wort „geſtatten" in § 598 gibt ſomit einen Anhaltspunkt für die dogmatiſche Annahme eines Realkontraktes.[1]) Wenn Dernburg,[2]) obwohl Anhänger der Realkontraktstheorie, den rechtlichen Unterſchied zwiſchen „geſtatten" und „gewähren" nicht anerkennen will und glaubt, durch das folgende Beiſpiel die Abwegigkeit einer ſolchen Unterſcheidung darlegen zu können, ſo geht er fehl. Zwar iſt es richtig, daß ich als Verleiher eines Hundes, dem Entleiher den während der Leihzeit zu mir zurückgelaufenen Hund von neuem überlaſſen muß. Aber dieſe Herausgabepflicht iſt kein Gewähren im eben erörterten Sinne, wie Dernburg behauptet, ſie ergibt ſich vielmehr zwanglos aus der eben dargelegten negativen Pflicht des Verleihers, den Gebrauch nicht ſtörend zu beeinfluſſen, alſo aus der Geſtattungs- und nicht aus einer Gewährungspflicht des Entleihers.[3]) Auch Zabel,[4]) der den Unterſchied zwiſchen „geſtatten" und „gewähren" als auf philologiſchen Erwägungen aufgebaut bezeichnet und weiterhin auf den „bekanntlich an mehr als einer Stelle ungenauen Wortgebrauch" des BGB. hinweiſt, muß mit Oertmann[5]) entgegengehalten werden, daß das im Ausdruck ſo peinlich ſorgfältige Geſetz den unterſchiedlichen Wortlaut offenbar abſichtlich gewählt hat, um den liberalen Akt des Verleihens nicht noch mit beſonderen poſitiven Pflichten, wie ſie der Vermieter hat, zu belaſten, z. B. der Reparaturpflicht.

Auch die Verfaſſer des RGR.-Kommentars wollen den eben dargelegten Unterſchied zwiſchen Gebrauchsgeſtattung und Gebrauchsgewährung nicht anerkennen.[6]) Nach ihrer Meinung gehört zur Geſtattung nicht nur die Geſtattung des Gebrauches während der Leihzeit, ſondern auch ſchon Ueberlaſſung der Sache

[1]) Staudinger § 598 Bem. 7; Planck § 598, 7; Oertmann Vorbem. 1 b zu § 598; Schollmeyer S. 83/84.
[2]) Dernburg § 231, II, 1.
[3]) So auch Oertmann Vorbem. 1 e zu § 598.
[4]) a. a. O. S. 8.
[5]) Oertmann Vorbem. 1 e zu § 598.
[6]) RGR.-Komm. 4. Tit. II.

zum Gebrauch. Zu diesem Schlusse gelangen sie durch eine Vergleichung von § 535 und 598, aus der ihrer Ansicht nach hervorgehen soll, daß die Leihe, abgesehen von ihrer Unentgeltlichkeit, ganz die gleichen Grundsätze enthalte wie die Miete. Diese Gegenüberstellung von Miete und Leihe zur Begründung der konsensualen Natur der letzteren, die wir auch bei Cosack [1]) wiederfinden, und ihre Schlußfolgerung muß jedoch zurückgewiesen werden. Zunächst aus äußeren Gründen, weil das Gesetz in § 536 dem Vermieter anstelle der bloßen Gestattungspflicht eine weitergehende Ueberlassungspflicht auferlegt, die durch Ueberlassung erfüllt wird und deshalb vor der Gestattungspflicht vorhanden sein muß; dann aber vor allem aus inneren Gründen, denn während sich der Inhalt der Leihe in der Pflicht der Gebrauchsgestattung und der Rückgabe wesentlich erschöpft, entspringen der Miete noch andere Pflichten, vor allem die der Zahlung des Mietpreises, Pflichten, die unbestritten auch ohne vorherige Uebergabe der Sache entstehen. Dieser weitere Inhalt der Miete und das Fehlen solcher konsensualen Bestandteile bei der Leihe erfordern, der letzteren den konsensualen Charakter vorzuenthalten.[2])

Außer dem Argument des Vergleichs mit der Miete führt der RGR.-Kommentar noch die Gesetzesgeschichte des § 598 zum Beweise der konsensualen Natur dieser Vorschrift heran. Aus dem Umstande, daß die zweite Kommission [3]) den Unterschied zwischen dem, der die Verleihung zugesagt hat, und dem Verleiher fallen ließ, während ihn der erste Entwurf des BGB., der sich damit offensichtlich zugunsten des Realkontraktes entschieden hatte, gebrauchte, soll geschlossen werden, daß nunmehr auch der, welcher die Verleihung zugesagt hat, von der Vorschrift des § 598 ergriffen würde, daß also die Leihe Konsensualvertrag sei.[4]) Auch dieses Argument kann nicht anerkannt werden, denn die II. Kommission wollte, wie sie selbst mit aller Deutlichkeit sagt, indem sie den eben angeführten Unterschied fallen ließ, keine Entscheidung dieser Frage geben, sondern vielmehr die Entscheidung der Wissenschaft überlassen. Daraus geht m. E. hervor, daß die Gesetzesgeschichte gerade bei der Leihe durchaus ungeeignet ist, irgendwelche Schlüsse auf ihre Rechtsnatur zuzulassen. Im übrigen muß einem Argument, das sich auf die Gesetzesgeschichte stützt, mit Staudinger [5]) entgegengehalten werden, daß der wahre Sinn des Gesetzes stets in erster Linie aus dem Gesetz selbst zu erforschen ist, und daß die Materialien keine authentische Gesetzesinterpretation darstellen.

---

[1]) a. a. O. I § 141, 3.
[2]) Oertmann Vorbem. 2 zu § 598.
[3]) Protok. II S. 269.
[4]) So auch Zabel S. 10.
[5]) a. a. O. Bd. I Einl. VI S. 17.

Durch diese Erwägung dürfte m. E. der Argumentation des Kommentars der Reichsgerichtsräte zugunsten des Konsensualcharakters der Leihe entgegengetreten sein.

Zugunsten des Realkontraktscharakters dagegen läßt sich noch als weiteres Moment die Auffassung des täglichen Lebens anführen. Dieser entspricht es zweifelsohne, daß die Verbindlichkeiten aus der Leihe sich erst an den Empfang der Sache knüpfen. Kein Laie wird davon sprechen, daß er sich eine Sache geliehen habe, wenn er sie von dem anderen noch gar nicht erhalten hat. Auf diesen zugunsten des Realkontraktes sprechenden Umstand wird auch von Dernburg hingewiesen.[1])

Zusammenfassend muß deshalb festgestellt werden, die Leihe ist ein Realkontrakt. Das ergibt sich einmal aus dem Sinne des im § 598 gebrauchten Wortes „gestatten" und wird erhärtet durch die geschichtliche Entwicklung des Rechtsinstitutes der Leihe, sowie die Auffassung des täglichen Lebens.[2])

III. Der Abschluß des Leihvertrages.

§ 8.

Der Leihvertrag des BGB. ist, wie eben festgestellt, ein Realvertrag, d. h. er kommt durch Uebergabe der Leihsache an den Entleiher und durch die Einigung der Parteien darüber, daß die Gebrauchsgestattung unentgeltlich erfolgen soll, zustande. Der Entleiher muß danach eine tatsächliche Herrschaft über die Sache erhalten, die ihm den beabsichtigten Gebrauch ermöglicht. Form und Umfang der Herrschaft müssen dem Gebrauchszwecke entsprechen. Das ist einerseits genügend, andererseits auch erforderlich. Hat der Entleiher bereits eine solche Herrschaft, so genügt die Einigung der Parteien darüber, daß er die Sache künftighin als Entleiher besitzen soll. Regelmäßig wird der Entleiher unmittelbarer Besitzer der Leihsache werden. Aber das braucht nicht, wie Oertmann behauptet,[3]) notwendig der Fall zu sein. So wird z. B. die Leihe einer Sache zur Verpfändung auch so entstehen können, daß der Verleiher als Vertreter des Entleihers die

[1]) Dernburg § 231 II.

[2]) Nicht durchschlagend dagegen ist das von Enneccerus und Oertmann zum Beweise der Realkontraktsnatur der Leihe gebrauchte Argument aus § 604 Abs. I. Richtig ist zwar, daß ohne Hingabe einer Sache die Rückgabe nicht denkbar ist, daß also Rückgabe Hingabe vorausetzt. Keineswegs ist das aber bei der Verpflichtung zur Rückgabe, von der § 604 spricht, zutreffend. Sonst müßte ja auch die Miete ein Realkontrakt sein, da bei ihr doch unstreitig die Verpflichtung des Mieters zur Rückgabe schon mit Vertragsabschluß, der meistens vor Hingabe der Mietsache erfolgt, zur Entstehung gelangt. Die Verpflichtung zur Rückgabe setzt also nicht Hingabe voraus. Sie kann vielmehr, zwar bedingt durch die Hingabe, jedoch schon vor der Hingabe rechtlich zur Entstehung gelangen. (So auch Böhmer im Arch. f. bürg. Recht 1913 S. 321; ferner Zabel S. 9).

[3]) a. a. O. Vorbem. 1 b zu § 598.

Sache direkt deſſen Gläubiger als Pfand aushändigt. Auch läßt ſich der Fall denken, daß der Entleiher eines Pferdes, da er ſelbſt keinen Stall beſitzt, dieſes auf Grund eines Leih- oder Mietvertrages im Stalle des Verleihers beläßt. Hier bleibt der Verleiher, wenigſtens während der Zeit, in welcher der Entleiher das Pferd nicht tatſächlich im Gebrauche hat, unmittelbarer Beſitzer der Leihſache. Auch dürfte es häufig genügen, daß der Verleiher dem Entleiher nur Mitbeſitz an der Sache verſchafft, alſo neben dem Entleiher unmittelbarer Beſitzer bleibt.[1])

Was den Konſens anbelangt, ſo muß zum Ausdruck kommen, daß die causa der Uebergabe die unentgeltliche Gebrauchsbelaſtung iſt. Daß beim Abſchluß des Vertrages das Wort „Leihen" gebraucht wird, iſt jedoch nicht erforderlich, da einerſeits, wie ſchon dargetan, der Volksmund dieſes Wort oft falſch gebraucht (Leihbibliothek), anderſeits, wenn nicht von Leihen geſprochen worden iſt, oft ein Leihvertrag vorliegen wird. Der Konſens kann mangels entgegenſtehender Beſtimmung auch im Falle der Grundſtücksleihe ſtets formlos erklärt werden,[2]) was auch, da die Leihe meiſtens ein Geſchäft unter Freunden iſt, durchweg der Fall ſein wird. Daß die Konſenserklärung auch durch den Stellvertreter geſchehen kann, bedarf keiner weiteren Erörterung.

Iſt eine Partei geſchäftsunfähig, ſo kommt kein Leihvertrag zuſtande. Iſt der Verleiher in der Geſchäftsfähigkeit beſchränkt, ſo iſt die Einwilligung oder Genehmigung des geſetzlichen Stellvertreters erforderlich. Dasſelbe gilt trotz der Unentgeltlichkeit der Leihe auch für den Entleiher, da dieſer nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, ſondern ſtets auch Pflichten übernimmt.

IV. Der Leihevorvertrag.

§ 9.

Nachdem wir uns für die Annahme eines Realkontraktes entſchieden haben, iſt es notwendig, auch auf die Fälle einzugehen, in denen lediglich verſprochen wird, etwas in ſpäterer Zeit zu leihen. In ſolchen Fällen liegt, vorausgeſetzt, daß dem Verſprechen nach dem Willen der Parteien rechtliche Wirkung überhaupt zukommt, ein Leihevorvertrag vor. Als Verteidiger der Annahme eines Realkontraktes müſſen wir folgerichtig dazu kommen, die Möglichkeit und Rechtsverbindlichkeit eines bloßen Vorvertrages auf Leihe anzuerkennen.

Die Exiſtenz des Vorvertrags überhaupt, ſowie die des Leihevorvertrages im beſonderen, iſt beſtritten. Das BGB. ſelbſt

[1]) So Schlie S. 26.

[2]) Das Fehlen einer den § 566 BGB. entſprechenden Beſtimmung dürfte ſeinen Grund in der Seltenheit ſolcher Fälle und in der leichteren Lösbarkeit des Leihverhältniſſes haben.

ſchweigt von einem Vorvertrage, weil, wie die Motive ausführen,[1]) von einer allgemeinen Regelung desſelben mangels zureichenden Bedürfniſſes abgeſehen werden könnte. Die Motive bemerken jedoch weiter, daß ein Vorvertrag bei Real- und Konſenſualverträgen möglich und zuläſſig ſei, vorausgeſetzt, daß der Inhalt des künftigen Vertrages, welcher auf Grund des Vorvertrages geſchloſſen werden ſoll, zur Genüge beſtimmt iſt.

Daß der Leihevorvertrag von den Anhängern der Konſenſualkontraktstheorie in folgerichtiger Durchführung ihrer Anſicht als überflüſſig angeſehen wird, iſt verſtändlich, da ja nach ihrer Meinung ſeine Stelle durch den Leihvertrag ſelbſt eingenommen wird. Dieſe Anſicht wird von Zabel und Coſack[2]) vertreten, ohne daß allerdings der letztere ſoweit geht, die Möglichkeit von Vorverträgen überhaupt zu leugnen. Dagegen wendet ſich Schloßmann,[3]) der im übrigen die Leihe als Realkontrakt gelten läßt, gegen den Vorvertrag überhaupt und nennt ihn einen hohlen Begriff, der ſobald als möglich zur Seite geſchafft werden müßte. Der Vorvertrag, ſo argumentiert Schloßmann, ſei nichts anderes als das jedem Realkontrakt innewohnende konſenſuale Moment. Mangels des realen Moments ſei ein ſolcher Vorvertrag bei den vom Geſetz als Realkontrakten anerkannten Verträgen nicht bindend, und erzeuge deshalb keinen klagbaren Anſpruch auf Vollziehung der Leiſtung. Dieſe Ausführung Schloßmann wird man ſich ſchwerlich zu eigen machen können; denn ſie entſpricht keinenfalls der Auffaſſung des BGB. Haben ſchon die Motive die Möglichkeit des Vorvertrages anerkannt, ſo zeigt das BGB. in § 610, daß es einen Vertrag kennt, der die von uns für den Vorvertrag feſtgeſtellten weſentlichen Momente enthält. Es führt uns im § 610 die Möglichkeit und Zuläſſigkeit der Anwendung eines Vorvertrages vor Augen. Da § 610 auch zweifelsohne auf das Verſprechen des zinsloſen Darlehens, alſo auf ein Inſtitut zutrifft, das dem Charakter des Leihverſprechens durchaus entſpricht, weil es wie dieſes die Verpflichtung zu einem unwirtſchaftlichen Gefälligkeitsakte enthält, ſo kann man daraus folgern, daß das Geſetz auch bei der Leihe die Möglichkeit des Vorvertrages anerkennt.[4]) Somit entfallen die Schloßmannſchen Bedenken. Wenn Schloßmann weiterhin behauptet, den Leihevorvertrag noch nie vor Augen geſehen zu haben,[5]) ſo iſt auch dieſe Behauptung widerlegbar. Denn einmal iſt, wie ſchon eben gezeigt, das Leiheverſprechen dem öſterreichiſchen Geſetze (§ 971) nicht unbekannt, andererſeits laſſen ſich leicht Fälle denken, in denen der Leihevorvertrag vorkommen kann. Der Magiſtrat einer Stadt verſpricht z. B. einer Künſtlervereinigung, ihr im Falle des Zuſtande-

[1]) Mot. I S. 178.
[2]) Zabel S. 11; Coſack § 141, III, auch Kohler, Arch. bürg. Recht 2, S. 213 f.
[3]) Jher. Jahrb. 45, S. 2, 37, 69.
[4]) So auch Oertmann Vorbem. 2 zu 598.
[5]) Schloßmann a. a. O. S. 3.

kommens einer Ausſtellung einen ſtädtiſchen Raum zur Verfügung zu ſtellen, oder A verſpricht dem B, dem eine Einquartierung angekündigt iſt, beim Eintreffen der Gäſte eine beſtimmte Anzahl von Betten zu leihen. Dieſe Fälle, die beliebig vermehrt werden könnten, zeigen zur Genüge die Möglichkeit und wirtſchaftliche Bedeutung eines Leihevorvertrages.[1])

Damit ein Leihevorvertrag ſpäterhin in einen Leihevertrag übergehen kann, damit er alſo erzwingbar iſt, muß er mehrere Vorausſetzungen erfüllen. Zunächſt muß die Sache, die demnächſt verliehen werden ſoll, individuell genau beſtimmt ſein; der Inhalt des Vorvertrages muß ferner einen, wenn auch nicht feſtbeſtimmten, ſo doch aus den Umſtänden des Falles beſtimmbaren Zeitpunkt angeben, wann die verſprochene unentgeltliche Gebrauchsüberlaſſung endgültig erfolgen ſoll. Fehlt eine dieſer Vorausſetzungen, ſo kann von einem Vorvertrage nicht mehr geſprochen werden, dann liegen eben nur Vorbeſprechungen vor; denn, iſt entweder die Sache oder der Zeitpunkt nicht beſtimmt, ſo kann der Verſprechensempfänger niemals mit Erfolg auf endgültige Eingehung des Leihvertrages klagen.

Von einem eigentlichen Leihvertrage iſt der Vorvertrag durch die Umkehrung des Schwerpunktes der Verpflichtungen unterſchieden. Während beim Leihvertrag der Entleiher der Hauptverpflichtete iſt, iſt es beim Vorvertrag der demnächſtige Verleiher. Der Verſprechensempfänger kann, wenn nicht ein ganz beſonderer Fall vorliegt, nie auf Abſchluß des Leihvertrages verklagt werden, ſtets aber der Verſprechungsgeber.

Auf den Leihevorvertrag finden die allgemeinen Beſtimmungen über Verträge Anwendung; jedoch ſind einige Beſtimmungen des Leihvertrages ſchon auf den Vorvertrag analog anwendbar. So haftet insbeſondere der Leiheverſprechende in Bezug auf die Uebergabe gleich dem Verleiher nur wegen Vorſatz und grober Fahrläſſigkeit. Denn, daß die Haftungsbeſchränkung des § 599 BGB. ſinngemäß auch dem Leiheverſprechenden zugute kommen muß, entſpricht dem Gefühl der Billigkeit und wird auch allgemein anerkannt.[2])

V. Die Pflichten des Entleihers und ſeine Haftung.

§ 10. Die Pflicht zum vertragsmäßigen Gebrauche der Leihſache.

Das im § 598 dem Entleiher allgemein gegebene Gebrauchsrecht wird durch die Tatſache, daß der Gebrauch nicht im Verbrauch beſtehen darf und durch die Beſtimmung des § 603 eingeengt. Nach § 603 Satz 1 darf der Entleiher von der geliehenen

[1]) Auch das RG. gibt in Bd. 91, S. 158 die Möglichkeit des Leihevorvertrages zu.

[2]) Enneccerus II § 137, 2.

Sache keinen anderen als den vertragsmäßigen Gebrauch machen. Aus dieſer Geſetzesbeſtimmung ergibt ſich für den Entleiher einmal das Recht, die entliehene Sache zu gebrauchen, weiterhin aber die Frage, iſt der Entleiher auch verpflichtet, die Sache zu gebrauchen? Das wird in der Regel zu verneinen ſein.[1]) Jedoch kann ſich im einzelnen Falle, abgeſehen von einer dahingehenden beſonderen Abrede, die, wie bereits dargelegt, dem Weſen des Leihvertrages nicht immer entgegenzuſtehen braucht,[2]) mit Rückſicht auf die Natur der Leihſache auch ohne beſondere Abrede die Pflicht zum Gebrauche aus der Pflicht zur Erhaltung der Leihſache ergeben. So muß das verliehene Reitpferd, damit es ſeinen Wert behält, auch ohne Abrede täglich bewegt werden. Der Entleiher hat aber, wenn er den Gebrauch macht, die Pflicht, den vertragsmäßigen Gebrauch von der Leihſache zu machen. Zu der Frage, was unter vertragsmäßigen Gebrauch zu verſtehen iſt, nimmt das BGB. mit voller Berechtigung keine Stellung. Denn gerade bei der Leihe liegen die Umſtände des Einzelfalles ſo verſchieden, daß mangels beſtimmter Abmachungen auch die eingehendſten in kaſuiſtiſcher Form aufgeſtellten Geſetzesbeſtimmungen dem Einzelfalle nicht gerecht zu werden vermöchten.[3]) Welcher Gebrauch der vertragsmäßige iſt, ergibt ſich in erſter Linie aus den Abmachungen der Parteien, die ausdrücklich und ſtillſchweigend getroffen ſein können. Fehlen ſie, ſo werden ſich in der Regel aus der Art und Zweckbeſtimmung des Gebrauchsgegenſtandes Anhaltspunkte für Inhalt und Umfang des Gebrauches ergeben.[4]) So darf ein ausgeliehener Smoking ſelbſtverſtändlich auch ohne jede Abrede nur zu geſellſchaftlichen Veranſtaltungen getragen werden. Vertragswidrig wäre es in jedem Falle, ihn als Arbeitsanzug zu benutzen. Gibt aber auch die Art und Zweckbeſtimmung des Gebrauchsgegenſtandes keinen Anhaltspunkt, ſo iſt vertragsmäßiger Gebrauch derjenige, der ſich nach den dem Verleiher bekannten Verhältniſſen des Entleihers beſtimmt. Im übrigen wird der Grundſatz von Treu und Glauben Anwendung finden müſſen.

Als Hauptfall des vertragswidrigen Gebrauches führt das Geſetz den Fall der ohne Erlaubnis des Verleihers vorgenommenen Ueberlaſſung der Sache an einen Dritten an (§ 603 Satz 2, § 605 Ziff. 2). Von der Ueberlaſſung des Gebrauchs an einen Dritten kann jedoch nur dann geſprochen werden, wenn der Entleiher den unmittelbaren Beſitz der Sache einem anderen überläßt. Das ergibt ſich aus der Beſtimmung des § 604 Abſ. IV. Demnach haben die Fälle auszuſcheiden, in denen der Entleiher die Sache einem Familienmitgliede, oder einer in ſeinem Haushalt oder Erwerbsgeſchäft für ihn tätigen Perſon zum Gebrauche überläßt,

[1]) Staudinger § 603 II; Planck § 598, 8.
[2]) Siehe Beiſpiel bei Zabel S. 44, Anm. 168.
[3]) Einen völlig unzureichenden Verſuch in dieſer Richtung hat das ſchweizeriſche Geſetz über das Obligationenrecht in Art. 322 unternommen.
[4]) So auch Staudinger § 603 I, 2 a.

es ſei denn, daß etwas anderes vereinbart iſt, oder daß nach der Art des entliehenen Gegenſtandes jegliches Aus-der-Hand-geben desſelben gegen Treu und Glauben verſtoßen würde. Das muß zwingend aus § 855 BGB. gefolgert werden.

Zu dem in § 603 ähnlich wie in § 549 gebrauchten Worte „Erlaubnis" iſt folgendes zu bemerken: Die Erlaubnis des § 603 iſt nicht zu verwechſeln mit der Einwilligung oder Genehmigung der §§ 182 ff. Das geht zunächſt ſchon aus der abweichenden Bezeichnung des Geſetzes hervor, die angeſichts ſeines ſtrengen Sprachgebrauches auf keine andere Weiſe zu erklären iſt.[1]) Weiterhin muß es daraus gefolgert werden, daß die Beſtimmungen der §§ 182 ff. nur Platz greifen, wenn an die Zuſtimmung die Wirkſamkeit des von den anderen Beteiligten geſchloſſenen Vertrages geknüpft iſt. Das iſt im § 603 ebenſowenig wie im § 549 der Fall, da hier die fehlende Erlaubnis des Verleihers oder Vermieters auf die Gültigkeit des zwiſchen dem Entleiher oder Mieter und dem Dritten abgeſchloſſenen Untervertrages keinen Einfluß hat.[2]) Das Weſentliche an dieſer Erörterung iſt, daß wir es hier mit einer einfachen Erlaubnis zu tun haben, und, was das wichtigſte iſt, daß die einmal erteilte Erlaubnis zwar nach den allgemeinen Grundſätzen, insbeſondere wegen Irrtums angefochten, aber, wenn es dem Verleiher nicht beſonders vorbehalten iſt, nicht widerrufen werden kann. Die Erlaubnis iſt alſo ein einſeitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeſchäft im Sinne des § 130 BGB.[3]) Aus dieſer ihrer Bedeutung ergibt ſich, daß die Erlaubnis, um wirkſam zu ſein, dem Entleiher gegenüber erklärt werden muß. Möglich iſt natürlich eine Beſchränkung der Erlaubnis auf gewiſſe Perſonen, auf gewiſſe Zeit, oder auf gewiſſe, nach allgemeinen Merkmalen gekennzeichnete Fälle. Wird die Erlaubnis erteilt, ſo haftet der Entleiher nach § 278 für jedes dem Dritten zur Laſt fallende Verſchulden. Aus dem Fehlen einer dem § 549 Abſ. II entſprechenden Beſtimmung für die Leihe darf nicht gefolgert werden, daß der Entleiher im Gegenſatz zum Mieter ein Verſchulden des Dritten nicht zu vertreten habe. Beim entgeltlichen Mietsgeſchäfte wurde § 549 II, der als Konſequenz von § 278 eigentlich keiner beſonderen Hervorhebung bedurft hätte, mit Recht eigens aufgeſtellt, da hier bei Erteilung der Erlaubnis der Untermiete eventuell der Schluß hätte gezogen werden können, daß der Vermieter durch ſeine ausdrücklich gegebene Erlaubnis zur Untermiete auch auf die Haftung des Mieters für ein Verſchulden des Untermieters verzichtet hätte. Dieſer Schluß läßt ſich aber bei dem unentgeltlichen, liberalen Leihgeſchäfte in keiner Weiſe rechtfertigen.

[1]) Das muß ſelbſt Zabel S. 51 zugeben, der im übrigen die gegenteilige Meinung vertritt.

[2]) RGR.-Komm. I. Bd. § 182, Anm. 1.

[3]) So die herrſchende Meinung: Planck § 549 Anm. 2 b; Staudinger § 599, II, 1; Oertmann § 549 1 d; Enneccuerus § 128 I, 2 Anm. 7; a. M. Zabel S. 51 und Heilbron S. 46, letzterer jedoch ohne Begründung.

Deshalb konnte auch auf eine dem § 549 II entſprechende Beſtimmung verzichtet werden.[1]) Andererſeits kommt § 278 zweifelsohne zur Anwendung, weil der Dritte ſtets als Perſon anzuſprechen iſt, deren ſich der Entleiher zur Erfüllung ſeiner Verbindlichkeiten bedient.[2])

Um dem Charakter des Leihvertrages als unentgeltlichem Freundesgeſchäfte gerecht zu werden, mußte der Geſetzgeber dem Verleiher weitgehende Möglichkeiten geben, gegen den vertragswidrig handelnden Entleiher vorzugehen.

Das iſt zunächſt im § 605 Ziff. 2 geſchehen. Durch dieſe Geſetzesbeſtimmung iſt der Verleiher in die Lage geſetzt, bei vertragswidrigem Gebrauche der Leihſache dem Entleiher zu kündigen, und zwar ohne vorherige Abmachung, wie das bei dem entgeltlichen Mietsgeſchäfte (§ 553) erforderlich iſt, und, was noch wichtiger iſt, ohne Einhaltung einer Kündigungsfriſt. Das Leihverhältnis iſt, da die Kündigung ſich als einſeitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeſchäft darſtellt, mit dem Augenblicke beendet, in dem ſie dem Entleiher zugeht. Die vorzeitige Kündigung iſt jedoch nur dann gerechtfertigt, wenn der vertragswidrige Gebrauch ſich als ſubjektiv widerrechtlich darſtellt, alſo wenn der Entleiher wenigſtens fahrläſſig gehandelt hat. Geht dagegen der Entleiher in entſchuldbarem Irrtum über den Umfang des ihm vertragsmäßig zuſtehenden Gebrauchsrechts hinaus, ſo kann der Verleiher das Kündigungsrecht nicht geltend machen.[3]) Dieſe Anſicht der herrſchenden Meinung wird man ſich ſchon deshalb zu eigen machen müſſen, weil es bei aller Rückſichtnahme auf den liberalen Charakter des Leihgeſchäftes zu weit führen würde, wenn man, ohne daß im Geſetz ein Anhalt gegeben iſt, von dem allgemeinen Grundſatz des BGB., nach dem nur das ſubjektiv rechtswidrige Verhalten des Schuldners eine Haftung nach ſich zieht, abgehen wollte. Wenn Schlie[4]) trotzdem keine ſubjektive Vertragswidrigkeit verlangt, ſo überſieht er, daß auch die Protokolle[5]) ausdrücklich hervorheben, daß das vertragswidrige Verhalten nur bei ſubjektiver Widerrechtlichkeit zur Kündigung nach § 695 Ziff. 2 führen könne.

Ob dem Verleiher auch eine Klage auf Unterlaſſung des vertragswidrigen Gebrauches gegeben iſt, könnte zweifelhaft ſein, da das Geſetz hierüber bei der Leihe keine ausdrückliche Beſtimmung enthält, während es bei der Miete durch § 550 eine ſolche Klage nach vorheriger Abmachung gegeben hat. Wie aus den Protokollen[6]) hervorgeht, beſtand zwar die Abſicht, dem § 603 einen Zu-

[1]) So auch RGR.-Komm. § 603 Nr. 2 und im Gegenſatz zu früh. Aufl. jetzt Planck § 603 Nr. 2.

[2]) So auch Oertmann § 603, 2 a; Staudinger § 603, 2 b; Enneccerus § 138, II, 1 Anm. 3.

[3]) So die herrſch. Meinung Planck § 603, I c; Oertmann § 603, 1 a; RGR.-Komm. § 603, 1 c; Ennecc. § 138, II, 1 Anm. 4.

[4]) a. a. O. S. 36.

[5]) Bd. II S. 306. Mitte.

[6]) Bd. II S. 270.

ſatz über die entſprechende Anwendung des § 550 beizufügen, jedoch wurde der dahingehende Antrag abgelehnt, weil man einen ſolchen geſetzlichen Hinweis für überflüſſig hielt. Aus dieſer Tatſache ſchließt Zabel,[1]) daß bei dem Leihvertrage eine Unterlaſſungsklage wegen vertragswidrigen Gebrauches der Leihſache nicht gegeben ſei. Dem Vermieter ſei ſie deshalb beſonders gegeben, weil ſein Kündigungsrecht gegenüber dem des Verleihers ſtark eingeſchränkt ſei. Die Anſicht Zabels geht alſo dahin, daß es unzuläſſig und überflüſſig wäre, dem Verleiher zu ſeinem anormalen Kündigungsrecht noch die Unterlaſſungsklage zu gewähren. Dieſer Anſicht kann nicht beigepflichtet werden. Der liberale Charakter des Leihvertrages erfordert im Gegenteil zwingend, daß dem Verleiher bei vertragswidrigem Gebrauche der Leihſache alle nur rechtlich zuläſſigen Möglichkeiten zum Einſchreiten gegen den Entleiher gegeben ſein müſſen. Wenn ſchon der Vermieter, der doch für ſeine Leiſtung eine angemeſſene Gegenleiſtung erhält, neben dem Kündigungsrecht die Unterlaſſungsklage gegeben iſt, um wieviel eher muß man ſie dem Verleiher einräumen, der für ſeine Leiſtung keinen Gegenwert erzielt, ſelbſt wenn er ein weitergehendes Kündigungsrecht hat als der Vermieter.

Zwar wird der Verleiher dieſes Kündigungsrecht in den weitaus meiſten Fällen der Unterlaſſungsklage vorziehen, aber es laſſen ſich Fälle denken, in denen auch der Verleiher am Weiterbeſtehen des Leihvertrages intereſſiert iſt und von dem Kündigungsrecht keinen Gebrauch machen will. Wegen der Seltenheit dieſer Fälle mag der Geſetzgeber einen beſonderen Hinweis auf die entſprechende Anwendung des § 555 für überflüſſig erachtet haben, aber der in den Protokollen gebrauchte Ausdruck „überflüſſig“ kann nicht mit „unzuläſſig“ gleichgeſetzt werden, wie Zabel das tut. Er wird vielmehr ſo zu verſtehen ſein, daß der entſprechende Hinweis auf § 550 wegen der Selbſtverſtändlichkeit der Anwendung der Unterlaſſungsklage beim Leihvertrage als unnötig erachtet wurde. Unter dieſem Geſichtspunkte wird die Möglichkeit der analogen Anwendung des § 550 BGB. auf den Leihvertrag von der Literatur, ſoweit ſie auf dieſe Frage eingeht, bejaht.[2]) Folgerichtig wird jedoch die Analogie auf § 550 auch ſoweit auszudehnen ſein, daß zur Erhebung der Unterlaſſungsklage vorherige erfolglos gebliebene Abmahnung zur Vorausſetzung gemacht wird.[3])

Des weiteren iſt der Entleiher dem Verleiher bei vertragswidrigem Gebrauche erſatzpflichtig, wenn nicht etwa, wie ſchon ausgeführt, durch entſchuldbaren Irrtum ein Verſchulden ausgeſchloſſen iſt. Seine Haftpflicht regelt ſich nach § 276, er hat alſo für Vorſatz und Fahrläſſigkeit einzuſtehen. Ueberläßt

[1]) a. a. O. S. 53 f.
[2]) Oertmann § 603, 1 a; Staudinger § 603, I, 3 a; RGR.-Komm. § 603 und ſeit der 34. Aufl. auch Planck § 603, 1 a.
[3]) RGR.-Komm. § 603; Planck § 603, 1 a.

er den Gebrauch ohne Erlaubnis an einen Dritten, ſo verletzt er ſeine Vertragspflicht und hat daher dem Verleiher allen aus dieſer Verletzung entſtehenden Schaden zu erſetzen, alſo nicht nur den durch ein Verſchulden des Dritten entſtandenen, ſondern ſelbſt den durch Zufall eingetretenen Schaden. Er haftet alſo für zufällige Verſchlechterung wie für zufälligen Untergang, vorausgeſetzt, daß er nicht beweiſen kann, daß der Zufall auch ohne ſein vertragswidriges Verhalten eingetreten wäre.[1])

§ 11. Die Pflicht zur Erhaltung der Leihſache.

Haben wir im Vorſtehenden unter Verneinung einer allgemein beſtehenden Verpflichtung zum Gebrauch der Leihſache die im Falle ihres Gebrauches für den Entleiher beſtehende Pflicht zum vertragsmäßigen Gebrauche behandelt, ſo ſoll jetzt auf die Pflicht des Entleihers zur Erhaltung der Leihſache eingegangen werden, die allgemein, auch im Falle des Nichtgebrauches, beſteht. Einen Satz, der die Erhaltungspflicht des Entleihers ausſpricht, hat das Geſetz nicht ausdrücklich aufgeſtellt. Es hat ſich vielmehr damit begnügt, über den Umfang und die Grenzen der Erhaltungspflicht zu handeln. Jedoch folgt aus dem Charakter des Leihvertrages und dem Grundſatz von Treu und Glauben zwingend, daß eine Erhaltungs- und Obhutspflicht für den Entleiher beſteht. Dieſe Obhutspflicht iſt ſo zu verſtehen, daß der Entleiher die Leihſache, die ihm unentgeltlich und ohne jeden anderen Vorteil vom Verleiher zur Benutzung überlaſſen iſt, vor Verſchlechterung und Entfremdung ſchützen und immer darauf bedacht ſein muß, daß er fremdes Gut in Händen und deshalb ſtets tunlichſt die Intereſſen des Verleihers wahrzunehmen hat.[2])

Einen Aufſchluß über den Umfang der Erhaltungspflicht des Entleihers gibt uns zunächſt § 601 Abſ. I, in dem feſtgeſetzt wird, daß der Entleiher zur Tragung der gewöhnlichen Koſten, die zur Erhaltung einer Leihſache notwendig ſind, verpflichtet iſt. Der Entleiher hat danach alſo nicht nur die Pflicht, für ordnungsmäßige Unterbringung der Leihſache zu ſorgen, er muß auch mit Koſten verbundene Aufwendungen für die Leihſache auf ſich nehmen, ſoweit ſolche für gewöhnlich der Natur der Leihſache entſprechend zu deren ordnungsmäßiger Inſtandhaltung notwendig ſind. Wenn er dieſes vorſätzlich oder fahrläſſiger Weiſe unterläßt, macht er ſich nach § 276 ſchadenerſatzpflichtig.[3]) Das gilt insbeſondere von den in § 601 Abſ. I als Beiſpiel angeführten Fütterungskoſten für entliehene Tiere, vorausgeſetzt natürlich, daß die Erhaltung des Tieres eine Fütterung während der Zeit der Leihe erfordert. Wer ſich für eine Stunde ein Reitpferd leiht,

[1]) Enneccerus § 138, II, 1; Planck § 603, 1 c.
[2]) Enneccerus § 138, II, 2; Planck § 598, Bem. 8.
[3]) Planck § 601 Abſ. 4.

braucht es demgemäß nicht zu füttern. Bei anderen geliehenen beweglichen Sachen fallen unter die gewöhnlichen Koſten ſolche Ausgaben, die zur Erhaltung des für einen zweckentſprechenden und ordnungsgemäßen Gebrauch erforderlichen Zuſtandes der Leihſache dienen. Eine geliehene Maſchine muß geſchmiert werden, ein Anzug muß ſauber gehalten werden. Aber auch Reparaturkoſten, die durch den zweckentſprechenden Gebrauch der Sache für gewöhnlich entſtehen, fallen hierunter. So muß der abgeriſſene Knopf des entliehenen Anzugs angenäht, das entliehene Klavier, wenn es durch den Gebrauch verſtimmt wird, geſtimmt werden. Aber nicht nur auf bewegliche Sachen iſt § 601 beſchränkt — eine dahingehende Anregung iſt nicht aufgegriffen worden —,[1]) er hat auch für unbewegliche Sachen Geltung.

Dagegen hat der Entleiher nicht die Pflicht, Aufwendungen für die Leihſache zu machen, die zwar ihrer Erhaltung dienen, aber außergewöhnlich ſind. Macht er ſolche Aufwendungen gleichwohl, ſo hat er gegen den Verleiher Erſatzanſprüche nur im Rahmen der §§ 683 ff. Es kommt alſo darauf an, ob dieſe Aufwendungen dem Intereſſe und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Verleihers entſprechen. Im allgemeinen wird daher der Entleiher, der beſondere Aufwendungen ſeinem perſönlichen Geſchmack zuliebe gemacht hat, auf keinen Erſatz rechnen können. Ueber §§ 683 ff. hinaus iſt der Verleiher nur nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung zum Erſatz ſolcher Auslagen unter Umſtänden verpflichtet. Mit Rückſicht auf das nach Treu und Glauben zu beurteilende Leihverhältnis kann ſich jedoch für den Entleiher die Pflicht ergeben, den Verleiher auf die Notwendigkeit außergewöhnlicher Verwendungen aufmerkſam zu machen. Denn wenn auch der Entleiher nicht verpflichtet iſt, dieſe Aufwendungen ſelbſt vorzunehmen, ſo könnte er es nach dieſen Geſichtspunkten nicht verantworten, wenn die Leihſache zugrunde ginge, obwohl ſie durch Eingreifen des Verleihers noch zu retten geweſen wäre. Der analogen Anwendung von § 545 Abſ. I, der dem Mieter unverzügliche Anzeige auferlegt, ſtehen deshalb bei Berückſichtigung des angeführten Grundes keine Bedenken entgegen.[2]) Ja, man wird ſogar weitergehen und ſagen können, daß der Entleiher, falls er weiß, daß das rechtzeitige Eingreifen des Verleihers durch eine Anzeige nicht mehr ermöglicht würde, ungeachtet der Beſtimmung des § 601 Abſ. II aus einer nach Treu und Glauben zu beurteilenden allgemeinen Obhutspflicht heraus auch zur Vornahme einer außergewöhnlichen Aufwendung verpflichtet ſein kann, vorausgeſetzt, daß er die Mittel und die Möglichkeit dazu hat.[3])

Eine beſondere Erwähnung tut das Geſetz im § 603 Abſ. II Satz 2, der Einrichtungen, mit denen der Entleiher die Sache ver-

[1]) Protok. II S. 273.
[2]) So auch im Ergebnis Planck § 601, 4.
[3]) So auch Schlie S. 41.

ſehen hat. Für dieſe gibt das Geſetz dem Entleiher ein uneingeſchränktes Wegnahmerecht, gleichgültig, ob er für ihre Anbringung Erſatz verlangen könnte oder nicht. Dieſes Wegnahmerecht, das ſich im Rahmen des § 258 zu vollziehen hat, bedurfte für die Fälle beſonderer Anerkennung, in denen die Einrichtung weſentlicher Beſtandteil der Leihſache und damit Eigentum ihres Eigentümers geworden iſt.[1]) Das Wegnahmerecht findet jedoch ſeine Grenze im Schikaneverbot des § 226.

Begrenzt wird die Pflicht des Entleihers zur Erhaltung der Leihſache weiterhin durch § 602, nach dem der Entleiher die durch vertragsmäßigen Gebrauch der Leihſache herbeigeführten Veränderungen und Verſchlechterungen nicht zu vertreten hat. Denn damit iſt geſagt, daß der Entleiher zur Verhinderung der durch den vertragsmäßigen Gebrauch bedingten Abnutzung der Leihſache keine Aufwendungen zu machen braucht, und daß er vor allem die durch den Gebrauch abgenutzten Teile einer Leihſache, ſofern das überhaupt möglich iſt, bei Rückgabe der Sache nicht etwa durch ſolche erſetzen muß, die ſich in eben dem Zuſtande befinden, den ſie zur Zeit der Uebergabe hatten.

In dieſem Zuſammenhange ſoll auch noch auf die verſchiedentlich behandelte Frage eingegangen werden, ob die Erhaltungspflicht des Entleihers ſoweit gehe, daß er im Falle gemeinſamer Gefahr für eigene und entliehene Sachen die Leihſache bevorzugen müßte.[2])

Für dieſe Frage läßt ſich keine einheitliche Entſcheidung geben. Es wird vielmehr jeweils zu prüfen ſein, ob dem Entleiher die Begünſtigung ſeiner eigenen Sache im konkreten Falle als Schuld angerechnet werden kann, wobei vor allem auch das Wertverhältnis der gefährdeten Sachen und die Verhältnismäßigkeit der entgegenſtehenden Intereſſen zu berückſichtigen iſt.[3])

§ 12. Die Pflicht zur Rückgabe der Leihſache.

Die Beendigung des Leihverhältniſſes und damit die Rückgabepflicht des Entleihers, die ſich bei jedem Leihvertrag naturgemäß aus dem Empfang der Leihſache ergibt, tritt zunächſt allgemein ein, wenn ein Grund vorliegt, der nach den im BGB. herrſchenden Grundſätzen ein Schuldverhältnis zum Erlöſchen bringt, weiterhin aber dann, wenn einer der für den Leihvertrag in §§ 604, 605 beſonders geltenden Beendigungsgründe eintritt. Während ein Eingehen auf die allgemeinen Grundſätze über Beendigung von Schuldverhältniſſen nicht in den Rahmen dieſer

[1]) Bald Alleineigentum, bei Verbindung beweglicher Sachen mit einem Grundſtück (§ 946); bald Miteigentum bei Verbindung beweglicher Sachen (§ 947).

[2]) Dieſe Frage wurde im § 1177 des ſächſ. BGB. zugunſten der Leihſache beantwortet.

[3]) Oertmann § 603, 2 c.

Arbeit fällt, ſollen die in §§ 604 und 604 aufgeſtellten Regeln im folgenden erörtert werden.

Nach § 604 Abſ. I endigt der Leihvertrag, der für beſtimmte Zeit abgeſchloſſen war, mit Ablauf dieſer Zeit. Iſt eine Zeit für die Leihe nicht beſtimmt, ſo iſt nach § 604 Abſ. II aus den Umſtänden zu ermitteln, wie lange dem Entleiher die Sache belaſſen werden muß. Da der Leihvertrag den Zweck hat, daß der Entleiher die Sache gebraucht, ſo iſt er regelmäßig dann beendet, wenn dieſer Zweck erreicht iſt, wenn alſo der Entleiher den Gebrauch gemacht hat. Da aber der Entleiher nicht zur vertragsmäßigen Benutzung gezwungen werden kann, und deshalb den Zeitpunkt des Gebrauches beliebig hinausſchieben könnte, ſo gibt das Geſetz dem Verleiher ein Rückforderungsrecht, wenn ſoviel Zeit vergangen iſt, daß der Gebrauch hätte gemacht werden können. Dieſe Beſtimmung iſt unter Berückſichtigung des Charakters des Leihvertrages als durchaus angemeſſen zu bezeichnen. Die Zeit, die verſtrichen ſein muß, iſt der Zeitraum, in dem objektiv betrachtet, der Gebrauch hätte gemacht werden können. Nach Ablauf dieſes Zeitraums kann das Rückforderungsrecht ohne Beſchränkung ausgeübt werden. Es iſt alſo belanglos, ob der Entleiher ſchuldlos aus perſönlichen Gründen am Gebrauche verhindert war, z. B. wegen unverſchuldeter Krankheit. Das ergibt ſich einmal aus dem Geſetze ſelbſt, und weiterhin erfordert es das Weſen des Leihvertrages, daß in ſolchen Kolliſionsfällen eine zwangsweiſe Berückſichtigung des Intereſſes des Verleihers zu erfolgen hat.[1])

Da aber die Fälle auch ſo gelagert ſein können, daß weder die Leihzeit beſtimmt, noch aus dem Zwecke des Vertrages zu entnehmen iſt, was übrigens verhältnismäßig ſelten vorkommen dürfte, ſo gibt das Geſetz in dieſen Fällen, weil hier eben eine objektive Berechnung der Leihzeit nicht möglich iſt, dem Verleiher ein noch weitergehendes Recht; er kann die Sache jederzeit zurückfordern (§ 604 Abſ. III). Trotz dieſes willkürlichen Rückforderungsrechtes liegt in ſolchen Fällen noch ein reiner Leihvertrag vor, mit allen Rechten und Pflichten eines ſolchen für beide Parteien, vor allem der Pflicht des Verleihers, bis zur erfolgten Rückforderung dem Entleiher den Gebrauch zu geſtatten. Nicht etwa liegt hier der Fall des gemeinrechtlichen Prekariums vor, denn dieſes iſt ein bloß tatſächliches Verhältnis und kein Vertrag. Zwar kommt der Fall, in dem das beliebige Rückforderungsrecht des Verleihers dieſem ſchon bei Abſchluß des Vertrages eingeräumt iſt, dem Prekarium ſehr nahe und deckt ſich in ſeinen Auswirkungen mit dieſem. Aber wir haben es, ſolange rechtliche Bindung der Parteien beabſichtigt war, gleichwohl mit einem Vertrage zu tun, und zwar mit einem Leihvertrage. Deshalb brauchte die Anwendung der Beſtimmungen des Leihver-

[1]) So Warneyer § 604, I; Staudinger § 604, II, 2 b; Oertmann § 604, 1 b.

trages auf ſolche Fälle, wie im erſten Entwurf noch beabſichtigt war, durch das Geſetz nicht beſonders ausgeſprochen zu werden.[1])

Die Ausübung des Rückforderungsrechtes bringt in den Fällen des § 604 die Leihe zum Erlöſchen, ohne daß es einer vorherigen Kündigung bedarf. Sachlich iſt in der Rückforderung jedoch eine Kündigung enthalten. Denn auch die Rückforderung iſt eine einſeitige, dem Entleiher gegenüber abzugebende, alſo empfangsbedürftige Willenserklärung.[2])

Des weiteren kann der Entleiher durch Kündigung eine Beendigung des Leihverhältniſſes herbeiführen. Dieſe kann zunächſt ausgeſprochen werden, wenn der Verleiher infolge eines nicht vorhergeſehenen Umſtandes der Leihſache bedarf (§ 605 Ziff. 1). Erforderlich iſt mithin nur, daß der Verleiher bei Eingehung des Leihvertrages den Umſtand nicht vorhergeſehen hat. Ob der Umſtand vorherſehbar war und vielleicht nur grob fahrläſſig überſehen worden iſt, iſt gleichgültig.[3]) Das ergibt ſich einmal aus dem Wortlaut des Geſetzes und zum andern aus deſſen Sprachgebrauch, der überall da, wo Kennen und Kennenmüſſen gleichgeſtellt iſt, dieſes beſonders hervorhebt. Daß das Bedürfnis des Verleihers dringend ſei, iſt nicht erforderlich. Das ſchließt jedoch nicht aus, daß eine bloße Laune des Verleihers zur vorzeitigen Kündigung nicht ausreicht; ein wirkliches Bedürfnis muß ſtets vorliegen und zur Zeit der Kündigung noch beſtehen.[4]) Die Beſtimmung des § 605 Ziff. 1 kann für den Entleiher harte Konſequenzen haben, weil auf das Uebergewicht der Dringlichkeit ſeines Intereſſes an der Leihſache gegenüber dem Bedürfnis des Verleihers keine Rückſicht genommen werden kann. Man denke ſich z. B. den Fall, daß A von B wegen eines nahenden Unwetters zum beſchleunigten Einfahrens der Ernte ein Geſpann geliehen hat. Plötzlich bekommt B Nachricht von der Ankunft ſeines Onkels und fordert die Pferde zurück, um dieſen mit einem Gefährt von der Bahn abzuholen. Hier ſtehen ſich ganz ungleiche Intereſſen gegenüber, aber auch in ſolchen Fällen muß berückſichtigt werden, daß die Leihe eben ein Gefälligkeitsgeſchäft iſt, bei dem aus Billigkeitserwägungen immer dem Intereſſe des Verleihers der Vorzug zu geben iſt. Der an dieſer Beſtimmung geübten Kritik[5]) muß allerdings darin beigepflichtet werden, daß nicht einzuſehen iſt, weshalb der Geſetzgeber nicht wenigſtens bei grob fahrläſſigem Ueberſehen des demnächſtigen Bedürfniſſes dem Verleiher das Rückforderungsrecht genommen hat. Dieſe Härte des Geſetzes kann jedoch in etwa dadurch abgemildert werden, daß man dem Entleiher aus dem Geſichtspunkte von Treu und Glauben nach Ausſpruch der Kündigung noch eine mäßige Friſt

[1]) Prot. II S. 275/76; Klein a. a. O. S. 22.
[2]) Motive II S. 452; Schlie S. 46.
[3]) Planck § 605, 4 a; Oertmann § 605.
[4]) RG. in Warn. Rſpr. 1920, Nr. 40.
[5]) Beſonders bei Zabel S. 72.

zur Erledigung des bereits in Angriff genommenen Gebrauchsaktes zubilligt.[1]) Zu weit geht jedenfalls Planck,[2]) der den Verleiher für grob fahrläſſiges Ueberſehen des demnächſtigen Bedürfniſſes nach § 599 haften laſſen will.[3])

Der Grund der vorzeitigen Rückforderung muß bei der Kündigung dem Entleiher bekannt gegeben werden. Der Verleiher iſt für das Vorliegen der Vorausſetzungen des Kündigungsrechtes beweispflichtig.

Des weiteren iſt dem Verleiher das Kündigungsrecht gegeben bei vertragswidrigen Gebrauch der Sache durch den Entleiher, insbeſondere bei unbefugter Gebrauchsüberlaſſung an einen Dritten und bei erheblicher Gefährdung der Leihſache durch Verletzung der dem Entleiher obliegenden Sorgfalt. (§ 605 Ziff. 2).

Dieſe Vorſchrift erſcheint billig und entſpricht im weſentlichen der für die Miete geltenden Vorſchrift des § 553. Einer Abmahnung wie dort bedarf es jedoch nicht. Was unter vertragswidrigem Gebrauch zu verſtehen iſt, iſt im § 10 dieſer Arbeit bereits dargelegt.

Wann die Gefährdung der Leihſache eine erhebliche iſt, wird aus der Lage des einzelnen Falles zu entſcheiden ſein, eine Beſchädigung der Leihſache braucht jedenfalls noch nicht eingetreten zu ſein.[4]) Auch daß ein unerſetzlicher Schaden drohen muß, iſt mit dem Wort „erheblich" nicht geſagt; doch muß die Gefährdung eine ſolche ſein, die die Auflöſung des Vertrages als das geeignetſte Gegenmittel gegen die Vernachläſſigung ſeitens des Entleihers erſcheinen läßt.

Unter Ziff. 3 des § 605 wird als letzter Kündigungsgrund der Tod des Entleihers angeführt. Auch hier folgt das BGB. der im § 569 für die Miete gegebenen Beſtimmung. Macht der Verleiher beim Tode des Entleihers von der Kündigung keinen Gebrauch, ſo können deſſen Erben das Vertragsverhältnis fortſetzen, ſoweit der Gebrauch nicht vertragsgemäß an die Perſon des Entleihers gebunden war.[5]) Auch hier wird den Erben nach Treu und Glauben ein modicum tempus zuzubilligen ſein.

Der Tod des Verleihers übt auf ein Leihverhältnis dagegen keinen Einfluß aus, es ſei denn, daß die Erben des Verleihers die Kündigung aus § 605 Ziff. 1 ausſprechen können,[6]) was ſehr häufig zutreffen wird.

Die Kündigung des § 605 iſt an keine Friſt gebunden. Sie ſteht nur dem Verleiher zu und nach ſeinem Tode deſſen Erben, ſoweit für ſie die Vorausſetzung zu einer Kündigung gegeben iſt.

---

[1]) Warneyer § 605; Oertmann § 605, 2.
[2]) Planck § 605, 4 a.
[3]) So auch RGR.-Komm. § 605, 2; Warneyer § 605, Oertmann § 599, 1; Zabel S. 70.
[4]) Oertmann § 553, 1.
[5]) Warneyer § 605.
[6]) RGR.-Komm. § 605, 4; Warneyer § 605.

Ihrer rechtlichen Natur nach ist die Kündigung eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung im Sinne der §§ 130 ff.

Sobald der Leihvertrag beendigt ist, hat der Entleiher die Pflicht, die Sache zurückzugeben. Ein bloßes Aufgeben des Gebrauches wird nur da genügen, wo eine eigentliche Uebergabe der Sache nicht stattgefunden hat und sich mit dem Aufgeben des Gebrauches die volle Herrschaft des Verleihers von selbst wieder herstellt. In der Regel muß der Entleiher die vom Verleiher an ihn übertragene Besitzposition rückübertragen.[1])

Da das Gebrauchsrecht erloschen ist, treffen ihn keine Erhaltungskosten mehr, wenigstens nicht mehr aus dem Gesichtspunkte des § 601 Abs. I. Aus anderen Gesichtspunkten, z. B. wegen Verzugs kann er jedoch zur Erhaltung der Sache verpflichtet sein.

Ob der Entleiher die Sache schon v o r Ablauf des Vertrages zurückgeben darf, ist im Gesetz nicht entschieden. Regelmäßig wird man die Frage bejahen dürfen aus dem Gesichtspunkte des § 270 Abs. II, und weil der Verleiher im allgemeinen kein Interesse an dem Geschäfte hat. Sie muß aber verneint werden, wenn das Gegenteil ausdrücklich vereinbart worden ist, und wenn aus den Umständen des Einzelfalles ein Interesse des Verleihers ersichtlich wird, dem die vorzeitige Rückgabe zuwiderläuft. Auch davon abgesehen, darf der Entleiher durch unzeitige Rückgabe nicht gegen Treu und Glauben verstoßen. Ist der Entleiher aber zur früheren Rückgabe berechtigt, so kommt der Verleiher bei Verweigerung der Annahme in Verzug und hat die daraus entstehenden Folgen zu tragen.[2])

Bei Verweigerung der Rückgabe der Leihsache kann der Verleiher mit der Klage aus dem Leihvertrage, der actio commodati directa, vorgehen, die in der Regel gegen den Entleiher anzustrengen sein wird. Jedoch kann diese Klage kraft Bestimmung des § 604 Abs. IV auch gegen den Dritten gerichtet werden, dem der Entleiher die Sache überlassen hat. Wie die Sache überlassen wurde, ob entgeltlich oder unentgeltlich, ob mit oder ohne Zustimmung, ist hierbei, wie aus der Fassung des Gesetzes ersichtlich, unerheblich.[3]) Wesentlich ist dagegen, daß die Klage gegen den Dritten nur nach Beendigung des Leihverhältnisses möglich ist. Vor dessen Beendigung steht dem Verleiher ein Anspruch gegen den Dritten nicht zu.[4]) Durch Erhebung der Klage gegen den Dritten wird die Erhebung der Kontraktklage des Verleihers gegen den Entleiher selbst nicht ausgeschlossen. Das ergibt sich einmal aus der vom Gesetz gebrauchten Redewendung „auch gegen den Dritten", weiterhin aber auch aus der Natur des Leihverhältnisses.[5])

---

[1]) Schlie S. 48.
[2]) Warneyer § 604, I; Oertmann § 604, 1 c; Staudinger § 604, 4 c.
[3]) Schollmeyer S. 62; Warneyer § 604 III; Staudinger § 604, 9 b.
[4]) Oertmann § 604, 8.
[5]) Warneyer § 604 III; Staudinger § 604, 9 c.

Daß die Aufſtellung eines Anſpruches gegen den Dritten durchaus notwendig war, um dem Weſen des Leihvertrages gerecht zu werden, wird allgemein anerkannt. Lediglich über die rechtliche Konſtruktion dieſes Anſpruchs, der ſich in gleicher Form auch bei der Miete (§ 556 BGB.) wiederfindet, herrſcht in der Literatur Unklarheit.

Staudinger [1]) will die Klage gegen den Dritten unter Bezugnahme auf den §§ 861, 862, 863 als eine Art Beſitzklage aufgefaßt wiſſen. Von der Erwägung ausgehend, daß zwiſchen Verleiher und dem Dritten kein Vertragsverhältnis beſtehe, und daß das Verhältnis zwiſchen Entleiher und dem Dritten in dem urſprünglichen Leihverhältnis ſeine Wurzel habe, gelangt er zu dem Ergebnis, daß der Dritte, der die Leihſache fürderhin beſitzen wolle, dem Verleiher widerrechtlich den Beſitz gewiſſermaßen durch verbotene Eigenmacht entziehe.

Niſſen [2]) läßt den Anſpruch gegen den Dritten aus zwei Tatbeſtandsmerkmalen hervorgehen, nämlich erſtens der Gebrauchsüberlaſſung an den Dritten und zweitens dem Umſtand, daß der Dritte nach Beendigung des Hauptvertrages zur Rückgabe der Sache aufgefordert iſt und die Rückgabe weigert. In dem letzteren Umſtande ſoll nach ſeiner Meinung ein wenn auch nur objektives Mitwirken des Dritten bei der Obligationsverletzung des Entleihers zu finden ſein. Dieſer Anſicht wird man jedoch ſchwerlich folgen können. Denn es iſt nicht einzuſehen, inwiefern die Weigerung des Dritten ein Mitwirken an der Obligationsverletzung des Entleihers ſein ſoll. Jedenfalls kommt Niſſen mit ſeiner Konſtruktion der Anſicht Staudingers im Endergebnis ſehr nahe. Beide Konſtruktionen werden aber abzulehnen ſein. Gegen ſie ſpricht die Stellung der Vorſchriften im Schuldrecht ſtatt im Sachenrecht und die auf Gleichartigkeit der Struktur hinweiſende Gleichſtellung und Verbindung des Anſpruches aus Abſ. IV mit dem zweifellos ſchuldrechtlichen des Abſ. I, was beſonders aus dem Worte „auch“ in Abſatz 4 zu entnehmen iſt.[3]) Aus demſelben Grunde kann auch die Konſtruktion Hellwigs [4]) nicht gebilligt werden, welcher den Anſpruch beſtimmt als „den Anſpruch des mittelbaren Beſitzers auf Herausgabe, als die deutſch-rechtliche trotz romaniſtiſcher Verkleidung in das BGB. aufgenommene Mobiliarvindikation.“

Oertmann verſucht den Anſpruch mit der Annahme zu erklären, daß der Dritte durch Abſchluß ſeines Vertrages kraft geſetzlicher (notwendiger) Schuldübernahme in die Verpflichtung des Entleihers aus § 604 zur demnächſtigen Rückgabe der Leihſache ohne weiteres eintrete, nicht anſtelle, ſondern neben dem urſprünglich Verpflichteten.[5]) Der Anſicht Oertmanns iſt aber mit

[1]) Staudinger § 556, III, 5.
[2]) Niſſen a. a. O. S. 202.
[3]) So auch Oertmann § 604, 8 und § 556, 3.
[4]) Hellwig, die Vertrg. auf Leiſt. an Dritte § 63 S. 421/22.
[5]) Oertmann § 556, 3 a.

Zabel [1]) folgendes entgegenzuhalten. Es fehlt zunächſt jeder Anhalt für die Annahme eines Schuldübernahmewillens des Dritten, namentlich dann, wenn der Dritte bei der Gebrauchsüberlaſſung gar nicht weiß, daß die Sache Leihſache iſt, oder wenn er ſich in Unkenntnis über die Modalitäten des Erſtleihvertrages befindet. Sodann widerſtreitet der Annahme einer geſetzlichen Schuldübernahme auch der § 415 des BGB., nach dem eine Einigung zwiſchen Gläubiger und Uebernehmer erforderlich iſt. Ebenſo kommt man mit der Annahme, daß die Klage des Entleihers gegen den Dritten kraft geſetzlicher Zeſſion auf den Verleiher übergegangen ſei, nicht weiter. Dieſe Konſtruktion iſt ſchon um deswillen unrichtig, weil dann vor Anſtrengung der Klage erſt auch die Beendigung des Rechtsverhältniſſes zwiſchen dem Entleiher und dem Dritten abgewartet werden müßte. Daß dieſes aber nicht nötig iſt, zeigt deutlich der in § 604 Abſ. IV gebrauchte Wortlaut.

Eine in allen Punkten befriedigende Konſtruktion des Rückgabeanſpruchs gegen den Dritten iſt ſomit noch nicht gefunden. Am brauchbarſten erſcheint der von der Rechtſprechung unter Berückſichtigung der aus Gründen des praktiſchen Bedürfniſſes gegebenen Geſetzesvorſchrift ausgebildete Begriff, wonach wir es bei der Beſtimmung des § 604 Abſ. IV mit einer Erweiterung des dem Verleiher gegen den Entleiher zuſtehenden vertraglichen Anſpruches auf Rückgabe der Leihſache zu tun haben.[2]) Der Rückforderungsanſpruch des § 604 Abſ. IV iſt danach eine aus Zweckmäßigkeitsgründen erfolgte, geſetzliche Ausdehnung der Vertragsklage auf Rückgabe der Leihſache gegen den Dritten, ohne daß zwiſchen dem Verleiher und dem Dritten irgend ein Vertragsverhältnis beſteht,[3]) alſo ein Anſpruch, den die römiſchen Juriſten als actio utilis bezeichnet haben würden.

Der Entleiher hat nach Beendigung des Leihverhältniſſes die geliehene Sache in dem Zuſtande herauszugeben, in dem er ſie vom Verleiher empfangen hat. Dieſer Satz wird freilich eingeſchränkt durch die beſonderen Vorſchriften der §§ 600/603. Insbeſondere iſt hier die Vorſchrift des § 602 von Bedeutung, nach der Veränderungen und Verſchlechterungen der Leihſache, die ſich aus vertragsgemäßen Gebrauch ergeben haben, alſo beſonders die naturnotwendige Abnutzung, nicht vom Entleiher zu vertreten ſind.

Da dem Entleiher nur das Gebrauchsrecht zuſteht, ſo ſind mit der Hauptſache Zubehör und Zuwachs herauszugeben, vorausgeſetzt, daß der Entleiher gemäß § 601 Abſ. II Satz 2 nicht zur Wegnahme berechtigt iſt, oder daß zwiſchen den Parteien abweichende Vereinbarungen getroffen worden ſind.

---

[1]) a. a. O. S. 65.
[2]) RGZ. 110, S. 126.
[3]) RGR.-Komm. § 556, 3; Soergel § 556, 4; Borcherdt S. 97; im Ergebnis auch Zabel S. 66.

Auch die Früchte ſind regelmäßig mit herauszugeben; nur inſoweit die Leihe kraft Abrede auch dieſe umfaßt, oder wenn der Gebrauch der Sache in der Fruchtziehung beſtand, kann der Entleiher ſie behalten.[1]) Zu der Frage, ob der Entleiher den anderweitigen Gewinn, den er erſt mit der Sache gemacht hat, behalten kann oder nicht, hat das Geſetz keine Stellung genommen. Bei Entſcheidung dieſer Frage, muß in erſter Linie darauf geſehen werden, in welchem Sinne dem Entleiher der Gebrauch der Sache eingeräumt war.[2]) Das wird ſich im Einzelfall leicht feſtſtellen laſſen. So werden einem Droſchkenkutſcher, deſſen Geſpann erkrankt iſt, Pferde ſelbſtverſtändlich nur dazu geliehen werden, daß er mit ihnen ſein Erwerbsgeſchäft weiterführen kann.[3]) Die Einnahmen, die er durch den Gebrauch der Pferde erzielt hat, ſtehen alſo ihm zu. In jedem Falle, wo eine Sache zu einem ganz beſtimmten Gebrauch verliehen iſt, der den Zweck hat, dem Entleiher Einnahmen zu verſchaffen, wird ihm auch der jeweils erzielte Gewinn zugebilligt werden müſſen, während in jedem anderen Falle, wo der Sinn des Leihvertrages dahin ging, daß der Entleiher aus dem Gebrauch der Sache keinen materiellen Vorteil erzielen ſollte, ein gleichwohl erzielter Gewinn dem Verleiher zuſteht. Darüber hinaus kann der Entleiher bei Einnahmen, die ihm durch bewußt vertragswidrigen Gebrauch der Leihſache zugefloſſen ſind, nach § 687 Abſ. II zur Herausgabe des Erworbenen verpflichtet ſein.[4]) Allgemeine Grundſätze in dieſer Frage zu entwickeln, wie Oertmann[5]) es verſucht, wird einerſeits bei der verſchiedenen Lagerung der Einzelfälle ſchlecht möglich ſein, andererſeits bei Berückſichtigung des Sinnes des jeweiligen Leihvertrages in der eben angedeuteten Weiſe ſich als überflüſſig erweiſen.

Iſt der Entleiher nicht in der Lage, die Sache ſo herauszugeben, wie er es unter Berückſichtigung des Einzelfalles zu tun verpflichtet wäre, ſo haftet er auf Schadenserſatz, wenn er die Verſchlechterung vorſätzlich oder fahrläſſig herbeigeführt hat. Das trifft ſogar auf die allerdings ſeltenen Fälle zu, in denen der Leihvertrag ausnahmsweiſe auch im Intereſſe des Verleihers abgeſchloſſen worden iſt. Hier wäre man an ſich geneigt, dem Entleiher wegen der Intereſſenverſchiebung eine mildere Haftung zuzubilligen,[6]) doch muß mangels einer diesbezüglichen Beſtimmung an dem Grundſatz der Haftung des Verleihers für jedes Verſchulden feſtgehalten werden.

Ergibt ſich die Unmöglichkeit der Herausgabe der Leihſache z. B. wegen Untergangs oder Abhandenkommens derſelben, ſo bemißt ſich die Frage, ob und unter welchen Vorausſetzungen und in welchem Umfange der Entleiher Erſatz zu leiſten habe,

[1]) Motive II S. 448 f.; Staudinger § 604 I a; Oertmann § 604, 3.
[2]) Motive II S. 449.
[3]) Fall von Staudinger § 604, I, 1 b.
[4]) Oertmann § 604, 4.
[5]) a. a. O. § 604, 4.
[6]) So war die gemeinrechtliche Regelung 1, 5, § 10 D. h. t.

da auch hier eine Sonderregelung fehlt, nach den allgemeinen Grundſätzen der §§ 276 ff. Soweit der Entleiher hierfür verantwortlich iſt, geht der Anſpruch des Verleihers auf Erſtattung des Wertes der geliehenen Sache.[1])

Wo die Rückgabe der geliehenen Sache zu erfolgen hat, iſt vom Geſetz nicht ausdrücklich beſtimmt. Es müſſen alſo die allgemeinen Regeln über den Erfüllungsort Anwendung finden (§§ 269 ff.). Danach würde in erſter Linie in Frage kommen, ob ein Ort für die Leiſtung beſtimmt iſt, wobei beſonders zu beachten iſt, daß dieſe Beſtimmung nicht nur ausdrücklich, ſondern auch ſtillſchweigend geſchehen kann. Mangels einer ſolchen Beſtimmung muß unterſucht werden, ob ein Beſtimmungsort aus dem Umſtänden des Falles und der Natur des Schuldverhältniſſes zu entnehmen iſt. Wenn aus den Umſtänden nichts anderes ſich ergibt, wird ſich unter Berückſichtigung der Natur des Leihverhältniſſes die Rückgabe in der Regel als Bringſchuld darſtellen, d. h. die Rückgabe hat da zu erfolgen, wo der Verleiher zur Zeit der Rückgabe ſeinen Wohnſitz oder vielleicht auch nur ſeine Wohnung hat. Denn es kann dem Verleiher nicht zugemutet werden, daß er für ſeine Gefälligkeit auch noch Mühe, Gefahr und Koſten der Rückſchaffung übernehmen ſoll.[2]) Eine Einſchränkung dieſer Grundanſchauung kann ſich aber inſofern ergeben, als es in einzelnen Fällen dem Parteiwillen entſprechen mag, die Rückgabe der Sache da erfolgen zu laſſen, wo die Hergabe der Leihſache vollzogen wurde. Das trifft z. B. mit Regelmäßigkeit bei Immobilien zu, kann aber auch bei Mobilien der Fall ſein.[3]) Hat der Verleiher nach Abſchluß der Leihe ſeinen Wohnort gewechſelt, ſo kann dem Entleiher die Tragung der dadurch eingetretenen Mehrkoſten der Rückgabe nicht zugemutet werden, weil das eine einſeitige Verſchärfung der Pflichten wäre. Der Ausgleich wird hier dadurch zu ſchaffen ſein, daß man dem Verleiher in Analogie des § 270 Abſ. III die Mehrkoſten der Verſendung an den neuen Wohnort auferlegt,[4]) und ihn, ſoweit durch die Wohnſitzänderung eine größere Gefahr für die Rückgabe entſteht, die Gefahr der Rückgabe tragen läßt.[5])

VI. Die Pflichten des Verleihers und ſeine Haftung.

§ 13.

Das Weſen des Leihvertrages bringt es mit ſich, daß die Pflichten, die aus ihm entſpringen, in weitaus größerem Maße auf Seiten des Entleihers liegen. Die Pflichten des Verleihers fußen aus-

[1]) Staudinger § 604, 5; Planck § 604, 3.
[2]) Oertmann § 604, 2; Planck § 604, 3; Staudinger § 604, 3; Schollmeyer S. 85.
[3]) Staudinger § 604, 3.
[4]) Planck § 604, 3; Oertmann § 604, 2.
[5]) Schlie S. 49.

nahmslos auf der Tatſache, daß er dem Entleiher während der Leihzeit den Gebrauch geſtatten muß. Wenn bei Behandlung der Pflichten des Entleihers ſchon verſchiedentlich auch auf die Pflichten und Rechte des Verleihers hingewieſen worden iſt, ſo war das im Zuſammenhang erforderlich.

Die Geſtattungspflicht, die ſich in jedem Leihvertrage notwendigerweiſe wiederfindet, geht dahin, daß dem Entleiher während der Leihzeit der Beſitz nicht entzogen, noch daß er darin geſtört werden darf. Der Entleiher iſt mit anderen Worten während der Vertragsdauer zum alleinigen Gebrauch und unmittelbaren Beſitze berechtigt. Hiernach muß der Verleiher ſein Verhalten einſtellen. Er darf vor allen Dingen die Sache nicht grundlos vorzeitig zurückfordern, oder durch Beſtellung dinglicher Rechte an dritte Perſonen dieſe in die Lage verſetzen, dem Entleiher den vertragsmäßigen Gebrauch der Sache zu entziehen.

Nur zur Gebrauchsgeſtattung iſt der Verleiher verpflichtet, nicht aber muß er den Gebrauch gewähren.[1]) Zur Erhaltung der Leihſache während der Leihzeit iſt er deshalb in keiner Weiſe verpflichtet, er kann ſie, wenn es ihm beliebt, vollſtändig verkommen laſſen. Er verleiht die Sache ſo, wie ſie ſich zur Zeit des Vertragsabſchluſſes bei ihm vorfindet. Dafür, daß ſie zu dem vom Entleiher vorgeſehenen Gebrauchszwecke ſich eignet, daß ſie ſich fehlerfrei und im gebrauchsfähigen Zuſtande befindet, hat er nicht einzuſtehen, es ſei denn, daß durch Parteiabrede etwas anderes vereinbart worden iſt. Ebenſowenig ſteht er dafür, daß er Eigentümer der Leihſache iſt oder auf Grund eines anderen Rechtes zur Verleihung der Sache befugt iſt.

Für die Verletzung ſeiner Pflicht zur Gebrauchsgeſtattung haftet der Verleiher nach § 599. Der Inhalt dieſer Geſetzesſtelle, der für den Verleiher eine Ausnahme von § 276 begründet, beſchränkt ſeine Haftung auf Vorſatz und grobe Fahrläſſigkeit. Dieſe Haftungsbeſchränkung iſt verſtändlich aus der Natur des Leihvertrages, der als liberales Geſchäft dem Verleiher regelmäßig keinerlei Vorteile einbringt, und entſpricht der vom Geſetz bei der Schenkung vorgenommenen Regelung.

Jedoch gilt die Beſchränkung auf Vorſatz und grobe Fahrläſſigkeit nur dann, wenn von den Parteien nichts anderes vereinbart worden iſt. Denn bei der dispoſitiven Natur der Vorſchrift kann die Haftung durch Vertrag ſowohl verſchärft, wie auch herabgemindert werden, mit der Einſchränkung jedoch, daß die Haftung für Vorſatz kraft Geſetzes nicht von vornherein erlaſſen werden kann. (§ 276 II).[2]) An der Haftungsbeſchränkung des Verleihers iſt auch dann feſtzuhalten, wenn der Vertrag auch, oder ausſchließlich im Intereſſe des Verleihers abgeſchloſſen wor-

[1]) Vgl. § 7, S. 14 dieſer Arbeit.
[2]) Staudinger § 521, 3.

den ist.[1]) Die Ansicht Dernburgs,[2]) daß in solchen Fällen der Verleiher jede Fahrlässigkeit zu vertreten habe, entspringt nur aus Billigkeitsgesichtspunkten, ist jedoch durch den Gesetzestext nicht gerechtfertigt. Es muß zwar zugegeben werden, daß die Regelung des Gesetzes diesen Fällen nicht ganz gerecht wird. Das wird jedoch in der Praxis kaum jemals in Erscheinung treten, da der Fall des überwiegenden oder alleinigen Interesses auf Seiten des Verleihers nur äußerst selten unter die Regeln des Leihvertrages fallen wird. Häufig wird es sich nämlich herausstellen, daß sich in solchen Fällen die Gebrauchsüberlassung nur als Nebenverpflichtung zu einer anderen Vertragspflicht darstellt, was zur Folge hat, daß die Regeln über einen anderen Vertragstyp, etwa den Auftrag, Anwendung zu finden haben.[3])

Der Verleiher hat auch für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit seiner Gehilfen und Vertreter gemäß § 278 aufzukommen.[4]) Seine beschränkte Haftung kommt nach allgemeinen Grundsätzen auch seinen Rechtsnachfolgern, insbesondere seinen Erben, zugute.

Während § 599 sich auf die Haftung des Verleihers bei bestehender Leihe bezieht, bringt § 600 eine Sondervorschrift für die Haftung des Verleihers wegen seines Verhaltens bei Eingehung des Vertrages.[5]) Trifft den Verleiher bei Uebergabe der Leihsache ein Verschulden, so kommt nicht § 599 in Betracht, sondern die allgemeinen Grundsätze über Haftung für Verschulden bei Eingehung von Verträgen. Liegt jedoch das Verschulden im Verschweigen von Mängeln im Rechte oder von Fehlern der Sache, so bleibt es bei der Sondervorschrift des § 600, der bestimmt, daß der Verleiher für sein und seiner Erfüllungsgehilfen argliſtiges Verschweigen aufzukommen hat.

Unter Fehlern der geliehenen Sache, von denen § 600 handelt, sind nicht alle Fehler schlechthin, sondern nur solche im Sinne des § 459 Abs. I zu verstehen, weil das Verkehrsinteresse nicht weiter reicht.[6]) Auf etwa fehlende zugesicherte Eigenschaften im Sinne von § 459 Abs. II bezieht sich die Vorschrift des § 600 nicht. Jedoch kann im Einzelfalle in der Zusicherung ein Garantieversprechen gefunden werden, was eine Haftung des Verleihers für das Erfüllungsinteresse zur Folge hat.

Die Haftung nach § 600 trifft nur ein, wenn der Schaden des Entleihers aus einem Mangel im Rechte oder einem Fehler der eben gekennzeichneten Art entstanden ist, der bei Abschluß des Leihvertrages argliſtig verschwiegen worden ist. Einfaches Verschweigen, etwa, weil der Verleiher fest geglaubt hatte, der Entleiher

---

[1]) Staudinger § 599, 2; Planck § 599, 4.
[2]) a. a. O. § 231 II, 2.
[3]) So Heck § 104, 1 b.
[4]) Planck § 599, 2; Staudinger § 599, 2; Oertmann § 599, 1.
[5]) So Planck § 599, 3; Oertmann § 601; a. Anf. Staudinger § 599, 3 und Zabel S. 95.
[6]) Planck § 524, I; Oertmann § 524, 3.

würde den Fehler sofort bemerken, ist nicht ausreichend; denn das Gesetz kennt keine allgemeine Anzeigepflicht bezüglich der Mängel. Arglistig ist das Verschweigen dann, wenn es in der Absicht geschieht, den Gegner zu täuschen.[1]) Arglistiges Verschweigen setzt also voraus, daß der Verleiher den Mangel selbst kennt. Jedoch steht es der Kenntnis gleich, wenn er sein Vorhandensein für möglich hielt.[2]) Hinzukommen muß, daß der Verleiher trotzdem den Mangel oder seinen Zweifel dem Gegner nicht mitteilt in der Absicht, ihn zu täuschen, oder doch in dem Bewußtsein, daß der andere Teil dadurch getäuscht werde oder getäuscht werden könne und dadurch in seiner Entschließung beeinträchtigt wird.[3]) Ein animus nocendi braucht jedoch nicht vorzuliegen.[4]) Aus dem Gesagten ergibt sich, daß ein selbst auf grob fahrlässiger Unkenntnis des Mangels beruhendes Verschweigen nicht zu einer Verantwortung aus § 600 führen kann.

Eine andere Frage ist es, ob eine grob fahrlässige Unkenntnis des Mangels den Verleiher nicht schon aus dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung haftbar machen kann. Die herrschende Meinung ist darin einig, daß Vertrags- und Deliktsansprüche grundsätzlich nebeneinander vorkommen können.[5]) Die allgemeine Rechtspflicht, deren Verletzung die unerlaubte Handlung darstellt, kann nämlich nicht dadurch beseitigt werden, daß es ein Vertrag war, der erst die Möglichkeit der rechtswidrigen Einwirkung auf den Rechtsgüterkreis des anderen gegeben hat. Wo sich jedoch das Gesetz wie bei der Leihe im § 599 die Vertragshaftung auf die schwereren Schuldarten beschränkt, wird man darin auch eine Beschränkung der Widerrechtlichkeit der Handlung, folglich einen Ausschluß der Deliktshaftung bei leichtem Verschulden, finden müssen, da sonst derartige gesetzliche Haftungsbeschränkungen ihre Bedeutung einbüßen würden.

Was nun die Anwendung der Vorschriften über unerlaubte Handlungen neben § 600 betrifft, so nimmt Planck den Standpunkt ein, daß der Verleiher, sobald es sich um die Verletzung eines der durch § 823 geschützten Güter handelt, auch für Fahrlässigkeit zu haften habe.[6]) Anders Oertmann;[7]) dieser vertritt den hier eingenommenen Standpunkt, daß sich § 600 lediglich auf das Benehmen des Verleihers bei Abschluß des Vertrages, also noch außerhalb des Vertragsrahmens, beziehe. Er führt folgerichtig aus, daß eine außerhalb eines Vertrages liegende Pflicht, jemanden auf gewisse Mängel einer Sache aufmerksam zu machen,

[1]) So RG. Z. 62, 304; 55, 214.
[2]) RG. in JW. 03, Beil. 99, Recht 1915, Nr. 1055.
[3]) Planck § 443; Gruchot 52, S. 979.
[4]) Zabel S. 90.
[5]) Enneccerus § 226, II, 1; Planck § 823, 5 b; Staudinger § 823 III b; RG. 88, 433.
[6]) Planck § 599, 5; § 600, 1.
[7]) a. a. O. § 600, 1.

nicht beſtehe. Deshalb könne in einem fahrläſſigen Verſchweigen von Mängeln nicht eine unerlaubte Handlung erblickt werden, höchſtens könne das im Rahmen von § 826 BGB. möglich ſein. Dieſer iſt jedoch noch enger begrenzt, als § 600. Dieſer Anſicht dürfte der Vorzug zu geben ſein, weil ſie dem Weſen des Leihvertrages gerechter wird. Denn § 600 will den Verleiher doch nur für argliſtiges Verſchweigen haften laſſen, alſo nur für ein Unterlaſſen deſſen, was im redlichen Verkehr unbedingt gefordert werden muß. Darüber hinaus muß aber berückſichtigt werden, daß der Verleiher faſt ſtets der weniger intereſſierte Vertragsteil iſt und deshalb auch bei Abſchluß des Vertrages regelmäßig nicht ſo große Aufmerkſamkeit auf den abzuſchließenden Vertrag und den Zuſtand der zu entleihenden Sache aufwenden wird wie der intereſſiertere Gegner. Es erſcheint daher unbillig, ihn auf dem Wege über die Deliktshaftung dazu zu zwingen. Man wird vielmehr vom Entleiher fordern können, daß er ſich über die Leihſache vor Abſchluß des Vertrages genau informiert. Wird ihm trotz eingehender Erkundigung der Mangel dann noch verſchwiegen, ſo tritt ja ſchon durchweg die Folge des § 600 ein.

Wie bei der Schenkung im § 523 Abſ. I beſchränkt ſich die Vorſchrift des § 600 in Wortlaut und Sinn auf das negative Intereſſe.

Außer der Hauptpflicht des § 598 iſt der Verleiher gegebenenfalls noch verpflichtet, dem Entleiher diejenigen Verwendungen auf die Leihſache, die dieſer nach § 601 nicht ſelbſt zu tragen hat, ſoweit zu erſetzen, als er ſie einem Geſchäftsführer ohne Auftrag würde erſetzen müſſen. Will der Entleiher nach beendetem Gebrauch oder nach Ablauf des Leihvertrages die Leihſache zurückgeben, ſo hat der Verleiher die Pflicht, ſie abzunehmen, um nicht in Annahmeverzug zu kommen.

Zweiter Teil.

§ 14.

Die Abgrenzung des Leihvertrages von der Schenkung.

Die Leihe iſt, wie in § 1 dargelegt, die unentgeltliche Gebrauchsüberlaſſung einer Sache, ſei es einer beweglichen, ſei es einer unbeweglichen. Die dem Entleiher zuſtehenden Gebrauchsrechte ähneln, wie verſchiedentlich gezeigt wurde, denjenigen des Mieters; anderſeits nähert ſich die Leihe zufolge ihrer Unentgeltlichkeit der Schenkung, der ſie auch in ihrem wirtſchaftlichen Charakter ſehr nahe ſteht.[1]) Trotz dieſer Verwandtſchaft ſind beide Inſtitute ſelbſtändig ausgeſtattet worden, und zwar hat das BGB. ſehr folgerichtig und ſyſtematiſch die Schenkung zu den Verträgen über Veräußerung und die Leihe zu denen über Gebrauchsüberlaſſung geſtellt.

Anſcheinend abſichtlich hat das BGB. in § 516, von ſeiner ſonſtigen Gepflogenheit abweichend, dem Schenkungsbegriff eine genaue Definition gegeben, einmal, um die Rechtsunſicherheit, die in früheren Rechten bezüglich der Schenkung herrſchte, zu beendigen und um die Einreihung der Schenkung in die ſchuldrechtlichen Verträge zu rechtfertigen, zum andern aber auch, um die Schenkung von der Leihe abzugrenzen.

Gleichwohl kommen häufig Fälle der unentgeltlichen Gebrauchsüberlaſſung vor, die nicht nur in ihrem wirtſchaftlichen Erfolge einer Schenkung gleichen, ſondern auch die Vorausſetzungen des § 516 auf den erſten Blick zu erfüllen und deshalb eine flüſſige Grenze zwiſchen Leihe und Schenkung zu bilden ſcheinen.

Auf dieſe Grenzfälle ſoll im folgenden eingegangen werden.

Bei einer Betrachtung der im Rahmen einer unentgeltlichen Gebrauchsüberlaſſung möglichen Fälle wird man ohne weiteres zwei Gruppen herausſchälen können, die von einander ſehr verſchieden ſind.

Die eine Gruppe wird von ſolchen Fällen ausgefüllt, in denen der Ueberlaſſende einem anderen Sachen unentgeltlich zum Gebrauche gibt, die entweder von Natur aus in der Regel nicht geeignet ſind, ihm wirtſchaftliche Vorteile einzubringen, oder die er wenigſtens nicht dazu angeſchafft hat, um durch ſie Einnahmen

[1]) Zu weit dagegen führt es, wenn Titze a. a. O. S. 104 den Satz aufſtellt, daß die Leihe zufolge ihrer Unentgeltlichkeit die Begriffsmerkmale der Schenkung enthalte.

zu erzielen. Solche Fälle liegen z. B. vor, wenn ein Privatmann einem anderen ein Buch zum Leſen, einen Anzug, ein Schmuckſtück, Möbelſtück uſw. unentgeltlich zum Gebrauche überläßt.

Unter die zweite Gruppe fallen diejenigen Fälle, in denen Sachen, die entweder ihrer Natur nach geeignet, oder nach der Regel des täglichen Lebens dazu angeſchafft ſind, ihrem Beſitzer Einnahmen zu verſchaffen, einem andern zum unentgeltlichen Gebrauch überlaſſen werden. Hierunter rechnen die Fälle, in denen der Eigentümer einer Mietbibliothek einem Privatmann unentgeltlich Bücher überläßt, der Beſitzer eines Hauſes eine Wohnung zum unentgeltlichen Wohnen, der Wirt ſeine Stallung zum unentgeltlichen Einſtellen von Wagen oder Tieren, der Grundbeſitzer ſeinen Grund und Boden zur unentgeltlichen Niederlegung von Baumaterialien uſw. einem anderen überläßt. Die Gegenſtände dieſer letzten Gruppe ſollen, wie ohne weiteres auffällt, nach der Erfahrung des täglichen Lebens dem Beſitzer Einnahmen verſchaffen, ſei es, daß er ſie ſelber benutzt, ſei es, daß er ſie anderen überläßt. Und dieſe Fälle ſollen Gegenſtand der beſonderen Unterſuchung ſein, weil bei ihnen, oberflächlich betrachtet, dem einen Vertragsteil eine Einnahme entgeht, die dem anderen Teil zugute kommt, ein Tatbeſtand, der der Schenkung ſehr nahekommt. Die erſte Gruppe dagegen ſcheidet für die folgende Betrachtung aus, weil die unentgeltliche Gebrauchsüberlaſſung hier eine wirtſchaftliche Frage überhaupt nicht berührt.

Die Frage, inwieweit die unentgeltliche Ueberlaſſung einer Sache zum Gebrauche unter den Begriff der Schenkung fällt, hat ſchon Beachtung gefunden, ſolange die Schenkung in ihrer ausgeprägten Form beſteht.

Die Grundlage, für den heute beſtehenden Schenkungsbegriff hat das römiſche Recht geſchaffen. Das deutſche Recht hat hierbei keinen Einfluß ausgeübt, ſelbſt wenn, wie Brunner behauptet,[1]) ſogar dem älteren deutſchen Recht die Schenkung bereits bekannt war. Das römiſche Recht ging bei der Entwicklung der rechtlichen Beurteilung der Schenkung, ähnlich wie beim Kauf, wo es ausgehend vom Handkauf den Kreditkauf, die emptio venditio, mit ihren mannigfaltigen Rechtsſätzen ausgebildet hat, vom Handgeſchenk aus. Erſt allmählich wurde von den römiſchen Juriſten die Schenkung als obligatoriſches Geſchäft geſchieden von ihrer Verwirklichung, der Erfüllung. Nachdem dieſer Trennungsſtrich gezogen war, konnte gezeigt werden, daß das obligatoriſche Geſchäft der Erfüllung vorgehen oder mit ihr zuſammenfallen konnte. Nunmehr war die Möglichkeit gegeben, das Schenkungsgeſchäft durch die verſchiedenſten Formen der Vermögenszuwendung zu verwirklichen. Wie weit das römiſche Recht auf dieſem Wege gegangen iſt, läßt ſich ſchwer allgemein beantworten. Die dem Leben angepaßte Mannigfaltigkeit des Quellenſtoffes bringt es mit ſich, daß die Suche nach einem allge-

[1]) Brunner a. a. O. S. 243 f.

meinen Grundgedanken die verſchiedenartigſten Ergebniſſe gezeitigt hat.[1]) Es erübrigt ſich jedoch, auf dieſe Frage hier näher einzugehen. Hervorgehoben werden ſoll in dieſem Zuſammenhange nur ein Fall, der für die hier zu behandelnde Frage von Bedeutung iſt und der von den römiſchen Quellen unmittelbar beantwortet wird. Es iſt dies der Fall der unentgeltlichen Gebrauchsüberlaſſung einer Wohnung, zu dem in L. 9 pr. D. de don. 39,5 bemerkt wird: „in aedibus alienis habitare gratis donatio videtur". Dieſen Fall ordnen alſo die Quellen nicht dem commodatum, ſondern der donatio unter. Damit iſt die unentgeltliche Wohnungsüberlaſſung durch poſitive Beſtimmung als Schenkung charakteriſiert.

Während das römiſche Recht die Schenkungsgrundſätze in mannigfacher Weiſe kaſuiſtiſch entwickelte, legt das BGB. dem Schenkungsrecht einen allgemeinen Schenkungsbegriff zugrunde. Galt es alſo im römiſchen Recht aus der großen Zahl der einzelnen poſitiven Vorſchriften einen einheitlichen Grundgedanken abzuleiten, ſo gilt es heute, aus dem allgemeinen Schenkungsbegriff die Einzelfragen zu klären.

Es muß im folgenden alſo, von der im § 516 BGB. gegebenen Definition des Schenkungsbegriffes ausgehend, geprüft werden, ob und inwieweit die unentgeltliche Gebrauchsüberlaſſung von Sachen, die dazu beſtimmt ſind, ihren Beſitzer wirtſchaftliche Vorteile einzubringen, unter den Schenkungsbegriff gebracht werden kann.

§ 516 Abſ. I lautet: „Eine Zuwendung, durch die jemand aus ſeinem Vermögen einen anderen bereichert, iſt Schenkung, wenn beide Teile darüber einig ſind, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt". Nach dieſer Definition ſind für das Vorliegen einer Schenkung unerläßlich:

a) eine Zuwendung, durch die jemand aus ſeinem Vermögen einen anderen bereichert,

b) die Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendungen.

Gibt das Geſetz im § 516 Abſ. I dem Schenkungsbegriff eine Begrenzung nach der poſitiven Seite, ſo zieht es ergänzend[2]) in § 517 eine ſolche nach der negativen Seite, indem es gewiſſen, in dieſem Paragraphen aufgezählten Geſchäften den Schenkungscharakter ausdrücklich abſpricht. An und für ſich wäre das nicht nötig geweſen, da die Vorſchriften des § 517 ſich ohne weiteres aus § 516 ergeben.[3]) Denn die Unterlaſſung eines Vermögenserwerbs iſt keine Verminderung des Vermögens, ſondern ein Verzicht auf ſeine Vergrößerung und deshalb keine Zuwendung a u s dem Vermögen.

Die Einigung über die Unentgeltlichkeit iſt dasjenige Merkmal, welches die hier zu unterſuchenden Fälle mit der Schenkung

[1]) So Burckhard a. a. O. S. 76 ff.

[2]) Titze S. 97; Planck § 517, 1.

[3]) So Oertmann § 517, 1; Staudinger § 517, 1; Noell S. 25; Richrath S. 3.

gemeinsam haben. Fraglich bleibt also, ob die unentgeltliche Gebrauchsüberlassung von Grund und Boden oder andern Sachen, die bestimmt oder geeignet sind, das Vermögen des Ueberlassenden zu vergrößern, eine Zuwendung im Sinne von § 516 sein kann.

Nach § 516 muß es sich um eine Zuwendung a u s dem Vermögen eines anderen handeln. Das Zugewendete muß also ein Vermögensstück des Schenkers sein, das aus seinem Vermögen in das Vermögen des anderen übergeht. Daher ist auf die Klarstellung des Vermögensbegriffes besonderes Gewicht zu legen, da die Begrenzung des Schenkungsbegriffes in erster Linie von der jeweiligen Auslegung des Vermögensbegriffes abhängig ist.

Der Begriff Vermögen ist verschieden, je nachdem man ihn wirtschaftlich oder in rechtlichem Sinne auslegt. Die Nationalökonomie definiert das Vermögen als Summe aller wirtschaftlichen Güter, welche einer Person zustehen und über die sie ohne neue wirtschaftliche Tätigkeit in einem bestimmten Augenblicke verfügen kann.[1]) Vom wirtschaftlichen Standpunkte aus ist daher Vermögen alles, was wirtschaftlich wertvoll ist und künftig verwertet werden kann. Mithin gehören zum wirtschaftlichen Vermögensbegriff auch die Erwerbsmöglichkeiten. Die Grenzen des wirtschaftlichen Vermögensbegriffes sind also flüssig. Das Vermögen im wirtschaftlichen Sinne ist daher für das Recht nicht verwendbar, weil es rechtlich nicht erfaßt werden kann. Für das Recht ist es nicht möglich, bloße Aussichten auf zukünftigen Erwerb zu berücksichtigen. Aus diesem Gedanken heraus ist die Bestimmung des § 517 verständlich und gerechtfertigt, daß die Unterlassung des Vermögenserwerbes zum Vorteil eines anderen keine Schenkung, d. h. keine Vermögenszuwendung ist. Das Recht braucht eben etwas Greifbares, wenn es sich durchsetzen soll. Der Begriff des Vermögens im Rechtssinne muß also ein anderer sein.

Das BGB. verwendet den Begriff an verschiedenen Stellen, außer in §§ 516 und 517 kommt er z. B. in §§ 311, 312, 419 des BGB. noch vor. Aber eine Begriffsbestimmung wird an keiner Stelle gegeben. Der Begriff wird vielmehr als bekannt vorausgesetzt. Die Begriffsbestimmung des Vermögens ist somit der Wissenschaft überlassen geblieben. Sie hat das Vermögen als den Inbegriff der geldwerten Rechte einer Person festgestellt.[2]) Allerdings gehen trotz dieser Feststellung die Ansichten wieder auseinander, und zwar in der Frage, ob Einkünfte aus regelmäßigen Einnahmen, auf deren Eintreffen mit größter Sicherheit gerechnet werden kann, den geldwerten Rechten einer Person gleichgestellt werden können. Hierzu sind z. B. die regelmäßigen Verdienste des Arbeiters und das Gehalt des Beamten zu rechnen. Dernburg[3]) bejaht diese Frage mit der Begründung, daß, falls Ein-

[1]) So Conrad, Nationalökonomie, 1910, S. 20, zit. bei Richrath S. 17.
[2]) Enneccerus I, § 124; Oertmann § 516, 3; Dernburg I S. 49; Kiesow S. 8; Richrath S. 25 ff., Noell S. 16.
[3]) a. a. O. Bd. I S. 142.

nahmen mit Gewißheit nach menſchlicher Berechnung in dieſen Erwerbszweigen zu erwarten ſind, dieſe bereits als zur Vermögensſphäre des betreffenden Erwerbers gehörig anzuſehen und deshalb als ſchon vorhanden berückſichtigt werden müſſen. Ihm pflichtet Noell [1]) aus Billigkeitsgründen bei, obwohl er zugibt, daß derartige zu erwartende Einnahmen nicht poſitiv zum gegenwärtigen Vermögen gehören. Dieſer Anſicht Dernburgs muß widerſprochen werden; denn zum Aktivvermögen können nur diejenigen Werte gerechnet werden, die ſein Inhaber in Händen hat. Wenn ein Arbeiter in ſeiner gegenwärtigen Stellung etwa 2500 Mark im Jahre verdient, ſo kann er nicht ſchon zu Jahresbeginn im Hinblick auf den kommenden Jahresverdienſt davon ſprechen, daß er ein Vermögen von 2500 Mark habe. Das entſpricht jedenfalls durchaus nicht der Auffaſſung des täglichen Lebens. Zudem wäre es auch unrichtig, denn Krankheit, Tod, Streik und Kündigung, ſowie Lohnkürzung können jederzeit Veränderungen der Verdienſthöhe herbeiführen. Abgeſehen auch von dieſem Beiſpiele wird man im Leben, beſonders in der heutigen Zeit, in den ſeltenſten Fällen von künftigen Einnahmen, die mit abſoluter Sicherheit zu erwarten ſind, ſprechen können. Es iſt deshalb nicht angängig, und es wäre unbillig, ſolche zu erwartende Einnahmen dem rechtlichen Vermögensbegriff einzuverleiben. Viel weniger wird man dies noch tun dürfen bei Hoffnungen auf zu erwartenden Gewinn [2]) ſoweit ſie ſich noch nicht zu Anwartſchaftsrechten entwickelt haben.[3])

Der Unterſchied zwiſchen Vermögen im ökonomiſchen Sinne und Vermögen im Rechtsſinne beſteht alſo darin, daß unter das erſtere auch Erwerbsmöglichkeiten fallen, während das letztere erworbene Rechte und höchſtens noch Anwartſchaftsrechte umfaßt. Gerade bei der Schenkung iſt man leicht verſucht, das Vermögen im wirtſchaftlichen Sinne aufzufaſſen, da ſie ja im täglichen Leben meiſtens durch Zuwendung wirtſchaftlicher Güter bewirkt wird. Dieſe Tatſache jedoch kann keinen Grund zur Aufſtellung der Behauptung erbringen, daß gerade bei § 516 der Vermögensbegriff im wirtſchaftlichen Sinne aufgefaßt werden will.

Daß er vielmehr gerade bei der Schenkung in rechtlichem Sinne aufgefaßt werden muß, läßt ſich in erſter Linie aus der Entſtehungsgeſchichte des Geſetzes entnehmen. In der zweiten Leſung des Entwurfes zum BGB. war nämlich beantragt worden, auch Zuwendungen bloß immaterieller Vorteile zum Gegenſtand der Schenkung zu machen. Dieſer Antrag wurde abgelehnt,[4]) vornehmlich um eine Verwiſchung der Abgrenzung des Schenkungsbegriffes vorzubeugen. Das zeigt zur Genüge, daß der Geſetzgeber den engeren rechtlichen Begriff des Vermögens ge-

[1]) a. a. O. S. 16.
[2]) Anders Noell S. 17.
[3]) Enneccerus I, 1 § 124; Richrath S. 23.
[4]) Protok. II S. 2 ff.

rade bei der Schenkung angewandt wiſſen wollte.[1]) Weiterhin ſind für dieſe Behauptung die Beſtimmungen des Erbſchaftsſteuergeſetzes[2]) beweiſend. Im § 3 dieſes Geſetzes heißt es zunächſt unter Ziffer 1, daß unter dieſes Geſetz alle Schenkungen im Sinne des BGB. fallen. Ziffer 2 desſelben Paragraphen beſtimmt dann weiter: „Als Schenkung im Sinne des Geſetzes gilt jede andere freigebige Zuwendung unter Lebenden, ſoweit der Bedachte durch ſie auf Koſten des Zuwendenden bereichert wird.“ Daraus, daß der Geſetzgeber es für notwendig erachtet hat, die Beſtimmung unter Ziffer 1 durch die der Ziffer 2 zu ergänzen, geht mit Deutlichkeit hervor, daß er nicht jede freigebige Zuwendung, durch die ein anderer auf Koſten des Zuwendenden bereichert wird, als Schenkung im Sinne des BGB. anſieht. Das zeigt aber, daß er bei der Schenkung des BGB. den rechtlichen Vermögensbegriff angewandt wiſſen wollte. Denn hätte er ſich für den ökonomiſchen Vermögensbegriff entſchieden, ſo wäre die Beſtimmung der Ziffer 2 reſtlos überflüſſig, weil ja unter Zugrundelegung dieſes Begriffes jede freigebige Zuwendung, durch die ein anderer auf Koſten des Zuwendenden bereichert wird, ſchon Schenkung im Sinne des BGB. wäre. Das Vorhandenſein der Ziffer 2 des § 3 des Erbſchaftsſteuergeſetzes iſt mithin indirekt beweiſend dafür, daß bei der Schenkung im Sinne des BGB. der rechtliche Vermögensbegriff zugrunde zu legen iſt, daß m. a. Worten „Vermögen“ im Sinne von § 516 BGB. nur bereits erworbenes Vermögen iſt.[3])

Die ſich aus dieſem Standpunkt ergebende Frage iſt für unſere Unterſuchung ſo zu ſtellen: Wird bei unentgeltlicher Gebrauchsüberlaſſung einer Sache ein bereits erworbenes Vermögensſtück dem anderen zugewendet, ſo daß deſſen Vermögen ſich vermehrt, während ſich das Vermögen des Ueberlaſſenden vermindert?

Bei Unterſuchung dieſer Frage ſoll ausgegangen werden von einem Urteil des Reichsgerichts vom 5. III. 1900,[4]) dem folgender Tatbeſtand zugrunde liegt: Ein Vater hatte ſeine Tochter nach dem Tode ihres Mannes zu ſich genommen und ihr in ſeinem Hauſe unentgeltlich Räume zum Wohnen zur Verfügung geſtellt. Später wollte er von der Tochter den Mietzins für die Wohnung bezahlt haben. In dem Falle, daß in der Ueberlaſſung der Wohnung eine Schenkung erblickt werden ſollte, widerrief er ſie wegen groben Undanks.

Das Berufungsgericht nahm den Standpunkt ein, daß Ueberlaſſung der Wohnung nicht als Schenkung, ſondern als Gebrauchsleihe auf beliebigem Widerruf aufzufaſſen ſei. Das Reichsgericht

[1]) Oertmann § 516, 2; Planck § 516, 2.

[2]) In der Faſſung vom 10. 8. 25.

[3]) Die durch § 3 Ziffer 2 des Erbſchaftsſteuergeſetzes im Gegenſatz zum BGB. vorgenommene Erweiterung des Vermögensbegriffes hat ihren Grund in ſteuerpolitiſchen Erwägungen.

[4]) RG. in Sächſ. Arch. 10, S. 246.

machte ſich den Standpunkt des Berufungsgerichts zu eigen und lehnte die Annahme einer Schenkung mit folgender Begründung ab: Eine Schenkung in dieſem Sinne kann auch bei der unentgeltlichen Ueberlaſſung des Gebrauchs einer Sache vorliegen, wenn die Sache nach den Verhältniſſen des Falles dazu beſtimmt war, gegen Entgelt andern überlaſſen zu werden, um dadurch dem Eigentümer bürgerliche Früchte zu bringen. Allein auch in einem ſolchen Falle entfällt die Annahme einer Schenkung, wenn der Eigentümer die an ſich zu einer Verwertung der bezeichneten Art beſtimmte Sache, weil er zu einer ſeinen Wünſchen entſprechenden entgeltlichen Verwertung keine Gelegenheit hat, einem anderen zum unentgeltlichen Gebrauch ſolange überläßt, bis ſich die Gelegenheit zur entgeltlichen Verwertung findet; denn es fehlt dann an einer Vermögensminderung deſſen, der den unentgeltlichen Gebrauch geſtattet. Er hat nicht weniger als er ohne dieſe Ueberlaſſung haben würde."

Aus dieſer Entſcheidung des Reichsgerichts läßt ſich ſein Standpunkt allgemeinhin folgendermaßen feſtlegen: Die unentgeltliche Gebrauchsüberlaſſung einer Sache, die dazu beſtimmt iſt, ihrem Eigentümer bürgerliche Früchte einzubringen, ſtellt ſich nicht ohne weiteres als Schenkung dar. Schenkung liegt jedoch dann vor, wenn nach den Verhältniſſen des Falles der Ueberlaſſende zur Zeit der Gebrauchsüberlaſſung Gelegenheit hatte, ſich aus der Sache Einnahmen zu verſchaffen. Das Reichsgericht ſtellt alſo die Frage, ob Schenkung oder Leihe vorliegt, darauf ab, ob auf der einen Seite eine verlorene Geldeinnahme, und auf der anderen Seite eine erſparte Ausgabe vorhanden iſt. Da bei der Schenkung die Zuwendung des Schenkers aus ſeinem Vermögen erfolgt, ſo rechnet das Reichsgericht offenſichtlich, wie aus vorliegendem Falle hervorgeht, die Gelegenheit, aus der an ſich als Einnahmequelle beſtimmten und geeigneten Sache Früchte ziehen zu können, ſchon zum gegenwärtigen Vermögen des Schenkers und ſieht in dem unbenutzten Vorübergehenlaſſen dieſer Gelegenheit zugunſten eines anderen die Vermögensminderung.

Dieſe Annahme widerſtreitet jedoch dem eben feſtgelegten rechtlichen Vermögensbegriff, denn ſie bezieht zu erwartenden Gewinn in dieſen ein, was, wie eben gezeigt, nicht angängig iſt. Gleichwohl nimmt Dernburg [1]) den Standpunkt des Reichsgerichts ein, indem er behauptet, die unentgeltliche Ueberlaſſung einer Mietwohnung enthalte nicht den Verzicht auf künftigen Gewinn, was ja nach § 517 die Annahme einer Schenkung ausſchließen würde, ſondern nur den Verzicht auf den Ertrag bereits erworbenen Vermögens. Dieſer Unterſcheidung des Ertrages bereits erworbenen Vermögens von neuem Zuwachs liegt jedoch der wirtſchaftliche Vermögensbegriff zugrunde. Denn auf den Ertrag ſeines Vermögensſtückes, den Mietzins, hatte der Ueberlaſſende bei der Ueberlaſſung noch kein Recht. Für das

[1]) a. a. O. II, § 205.

Recht ist aber der Ertrag, solange er nicht durch Begründung eines Rechts auf seinen Bezug in die Rechtswelt eingeführt ist, ebensowenig im Vermögen vorhanden, wie der neue Zuwachs. Die Begründung eines solchen Rechts muß aber als Zuwachs angesehen werden. Unter Zugrundelegung des rechtlichen Vermögensbegriffes führt die Dernburgsche Auffassung mithin dazu, bei der unentgeltlichen Wohnungsüberlassung und ähnlichen Verträgen die Annahme einer Schenkung abzulehnen, weil es sich hierbei um Verzicht auf künftigen Erwerb handelt.[1])

Was für das unentgeltliche Ueberlassen einer Wohnung gesagt ist, gilt in jedem Falle, wo unentgeltlicher Gebrauch an Sachen überlassen wird, die an sich dazu bestimmt waren, dem Ueberlassenden Einkünfte zu bringen. Die Möglichkeit der Anwendung eines verschwommenen, mehr nach wirtschaftlichen als nach rechtlichen Gesichtspunkten aufgestellten Vermögensbegriffes, die allein die Dernburg'sche Auffassung stützen könnte, kann durch das Gesetz nicht gewollt sein, da sie zu einer Grenzverwirrung zwischen Schenkung und Leihe führen würde, und gerade das wollte das Gesetz doch durch die von ihm gegebene Definition des Schenkungsbegriffes vermeiden.[2]) Gleichwohl wird die Ansicht Dernburgs häufig in der Literatur vertreten.[3]) Sie steht aber, abgesehen von dem eben angeführten Grunde, auch weiterhin in Widerspruch mit der allgemeinen Verkehrsanschauung und entbehrt jeder Rücksichtnahme auf die tatsächlichen Verhältnisse des Erwerbslebens. Ihre letzte Konsequenz wäre die, daß ein Geschäftsmann überhaupt nichts mehr verleihen könnte, was zu seinem Geschäftsinventar gehört. Jede in diesem Rahmen vollzogene unentgeltliche Gebrauchsüberlassung müßte bei ihm notwendig Schenkung sein. Der Leihvertrag käme nur noch für Privatpersonen in Betracht. Das kann aber vom Gesetz bestimmt nicht gewollt sein. Denn die Einzwängung solcher Geschäfte in die erschwerende Form des Schenkungsvertrages entspricht keineswegs der Bedeutung dieser Dienste. Man wird es auch bei dieser Art von Diensten regelmäßig mit Freundesdiensten zu tun haben, weil eben der Geschäftsmann, der Hausbesitzer, Mietinstitutsbesitzer, oder wer sonst Sachen regelmäßig nur gegen Entgelt auf Zeit zum Gebrauch abgibt, wenn er von dieser Regel abweicht, das bestimmt nur aus Gründen freundschaftlicher Gefälligkeit tut. Und für diese Freundschaftsgeschäfte, die keine wirtschaftliche Bedeutung haben, genügt zu einer befriedigenden ge-

[1]) Diesen Standpunkt hat sich neuerlich auch das O.L.G. in München zu eigen gemacht, indem es ohne Prüfung der näheren Umstände die unentgeltliche Ueberlassung einer Wohnung als Leihe im Sinne des § 598 anspricht. Urt. des O.L.G. München vom 10. 11. 1930 im „Recht", 35. Jahrgang, Heft 1.

[2]) Hoeninger S. 165; Planck § 516, 2; Haymann in Iher. Jahrb. 56, 100; Schreiber, Iher. Jahrb. 60, 156, 191; Mittelstein S. 437; im Ergebnis auch Titze S. 104.

[3]) Staudinger § 516 I, 3 c; Schollmeyer S. 46; Enneccerus § 120 I, 1 a; Schlie S. 23; Noell S. 31; Kipp I. Teil § 3 Anm. 21.

ſetzlichen Regelung die leichtere Form der Leihe. Sieht man ſie als Schenkungen an, ſo muß konſequentermaßen die ſchärfere geſetzliche Regelung der Schenkung auf ſie angewandt werden, denn es geht nicht an, alle Leiſtungen dieſer Art als Anſtands- oder Pflichtſchenkungen aufzufaſſen. Die Wirkſamkeit des Verſprechens ſolcher Leiſtungen wäre alſo gemäß § 518 an gerichtliche oder notarielle Beurkundung gebunden, deren Mangel nur durch die Bewirkung der verſprochenen Leiſtung geheilt werden könnte. Das Rückforderungsrecht wegen Verarmung des Schenkers, der Widerruf wegen groben Undanks des Bedachten könnte vom Schenker geltend gemacht werden.[1])

Derartige Folgen an ſo bedeutungsloſe Handlungen zu knüpfen, kann ſicherlich nicht dem modernen Geiſte des Geſetzes entſprechen.[2])

Es iſt alſo abſchließend feſtzuſtellen: Der Vertrag, der die Ueberlaſſung von Sachen zu unentgeltlichem Gebrauch zum Gegenſtand hat, iſt ſtets, auch wenn dieſe Sachen dazu beſtimmt oder geeignet ſind, dem Ueberlaſſenden Einkünfte zu erbringen, ein Leihvertrag, ſelbſt dann, wenn der Ueberlaſſende die Gelegenheit der entgeltlichen zugunſten der unentgeltlichen Ueberlaſſung vorübergehen läßt. Im Tatbeſtand ſolcher Verträge treffen nicht etwa Leihe und Schenkung zuſammen.

Mit dieſer Feſtſtellung iſt ein klarer Trennungsſtrich zwiſchen Leihe und Schenkung gezogen. Die Leihe iſt klar und eindeutig als Vertrag über Gebrauchsüberlaſſung, die Schenkung als Vertrag über Veräußerung dargeſtellt. Jede Möglichkeit, durch Anwendung eines unklaren, mehr unter wirtſchaftlicher als rechtlicher Perſpektive aufgeſtellten Vermögensbegriffes die Grenzlinie zwiſchen Leihe und Schenkung zu verwirren, iſt ausgeſchaltet.

Sicherlich wird auch dieſe Regelung nicht immer dem Rechtsempfinden voll gerecht werden. Gleichwohl iſt der vorgeſchlagenen Löſung unter allen Umſtänden der Vorzug zu geben. Denn bei Anwendung des verſchwommenen Vermögensbegriffes würde letzten Endes nicht mehr der Wille der Parteien, ſondern die Art der überlaſſenen Sache und ihre unter Berückſichtigung des Berufes ihres Eigentümers feſtzuſtellende Zweckbeſtimmung für den Charakter des abgeſchloſſenen Vertrages beſtimmend ſein. Daß ein ſolcher Zuſtand unhaltbar ſein würde, dürfte kaum zu beſtreiten ſein.

Die Unbilligkeiten dagegen, die die vorgeſchlagene Löſung ab und zu mit ſich bringen wird, werden regelmäßig durch Anwendung des Geſichtspunktes von Treu und Glauben, der, wie in dieſer Arbeit immer wieder hervorgehoben wurde, bei dem Inſtitut der Leihe ſtets weitgehende Berückſichtigung finden muß, leicht abzuſchwächen oder zu beheben ſein.

[1]) Schlie S. 25; Richrath S. 33.
[2]) So auch Kohler, Bd. II, S. 282.

Literatur-Verzeichnis.

Achilles-Greiff: Kommentar zum Bürgerlichen Geſetzbuch, Berlin 1930.

Borcherdt: Das Mietrecht nach dem Bürgerlichen Geſetzbuch, Breslau 1899.

Brunner: Deutſche Rechtsgeſchäfte, Bd. II, Berlin 1892.

Burckhard: Zum Begriff der Schenkung. Erlangen 1899. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Jena 1903.

Crome: Syſtem des deutſchen bürgerlichen Rechts, Bd. II, Tübingen-Leipzig 1902.

Dernburg: Pandekten, Bd. II, Berlin 1903.
— Bürgerliches Recht des Deutſchen Reichs und Preußens, Halle a. S., Bd. I, 1906. Bd. II, 2. Teil, 1915.

Eck: Vorträge über das Recht des BGB., Berlin 1903.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Marburg, Bd. I, 1, 1928. Bd. II, 1930.

Fiſcher-Henle: Bürgerliches Geſetzbuch, München 1902.

Förſter-Eccius: Preußiſches Privatrecht, 1896.

Förtſch: Der Code civil und das Bürgerliche Geſetzbuch, Berlin 1899.

Heck: Grundriß des Schuldrechts, Tübringen 1928.

Heilbron: Beiträge zur Lehre von der Leihe. Diſſ. Erlangen 1920.

Hoeninger: Die gemiſchten Vorträge und ihre Grundformen, Mannheim-Leipzig 1910.

Kieſow: Schenkung, Leihe, Bürgſchaft, Darlehen. München.

Kipp: Kommentar zum Erbſchaftsſteuergeſetz, Berlin 1927.

Klein: Die Rechtsformen der Gebrausleihe im deutſchen bürgerlichen Recht, Wien 1902.

Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. II, Berlin 1906.

Kommentar der Reichsgerichtsräte zum Bürgerlichen Geſetzbuch, Berlin-Leipzig 1928.

Kuhlenbeck: Die Rechtſprechung des Reichsgerichts in Bezug auf die wichtigſten Inſtitute des Zivilrechts. In JW. 1904.

Mittelſtein: Die Miete nach dem Rechte des Deutſchen Reiches, Berlin 1909.

Motive zu dem Entwurf des Bürgerlichen Geſetzbuchs für das Deutſche Reich. Amtl. Ausgabe, Bd. 2, 1896.

Niſſen: Ein Beitrag zur Struktur der Anſprüche an den Dritten aus §§ 556 und 604 BGB. JW. 1903.

Noell: Das Verhältnis zwiſchen Schenkung und unentgeltlichen Zuwendungen, insbeſondere im Sinne der Gläubigeranfechtung. Diſſ. Erlangen 1912.

Oertmann: Das Recht der Schuldverhältniſſe, 2. Abt., Berlin 1929.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Geſetzbuch, II, 2. Berlin-Leipzig 1928.

Protokolle der Kommiſſion für die zweite Leſung des Entwurfs des BGB., 1897.
Reichsgerichts-Entſcheidungen.
Richrath: Weſen und Inhalt des Schenkungsbegriffes, Diſſ. Erlangen 1913.
Roßbach: Die Leihe im internationalen Privatrecht, Diſſ. Heidelberg 1918.
v. Schey: Die Obligationenverhältniſſe des öſterreichiſchen allgemeinen Privatrechts, Bd. I, Wien 1890.
Schlie: Die Leihe nach dem bürgerlichen Geſetzbuch, Diſſ. Roſtock 1903.
Schollmeyer: Das Recht der einzelnen Schuldverhältniſſe, Berlin 1904.
Soergel: Das Bürgerliche Geſetzbuch nebſt Einführungsgeſetz. Stuttgart 1929.
Sohm: Geſchichte und Syſtem des Römiſchen Privatrechts, Leipzig 1911.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Geſetzbuch, Bd. II, 2. Teil, 9. Aufl., München-Berlin, Leipzig 1928.
Steinſtraß: Die rechtliche Natur der Leihe nach dem bürgerlichen Recht, Diſſ. Leipzig 1905.
Titze: Recht der Schuldverhältniſſe, Berlin 1926.
Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Geſetzbuch, Bd. I, 2. Aufl., Tübingen 1930.
Windſcheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II, Frankfurt a. M. 1906.
Zabel: Der Leihvertrag, Diſſ. Leipzig 1910.